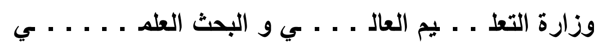
الجمهـ . ـورية الجـ . ـزائرية الديمقـ . ـراطية الشعبية





وزارة التعلـ . . ـيم العالـ . . . ـي و البحث العلمـ . . . . . ـي



كلية الحضـ . . . ـارة الإسلامية و العـ . . . . . ـلوم الإنسانية

قسم العلـ . . . ـوم الإسلامية

الموازنة بين العقوبة و العفو

دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي و التشريع الوضعي

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية

تخصص : شريعة و قانون

إعداد الطالب :	*تحت إشراف :*
العشبي قويدر	أ.د لخضاري لخضر

<u>اللجنة المناقشة</u>

أ.د احسن زقور	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة وهران
أ.د لخضاري لخضر	أستاذ التعليم العالي	مشرفا	جامعة وهران
د. رباحي أحمد	أستاذ محاضر "أ"	مناقشا	جامعة الشلف
د. حزاب ربيعة	أستاذة محاضرة "أ"	مناقشة	جامعة وهران
د. معبوط أحمد	أستاذ محاضر "أ"	مناقشا	جامعة الجزائر
أ.د قادة بن علي محمد	أستاذ التعليم العالي	مناقشا	جامعة س. بلعباس

السنة الدراسية : 2012 م /2013 م



- إلى أعز الناس إلي ، والديَ ، سائلا الله أن يرزقني رضاهما و الإحسان لهما .

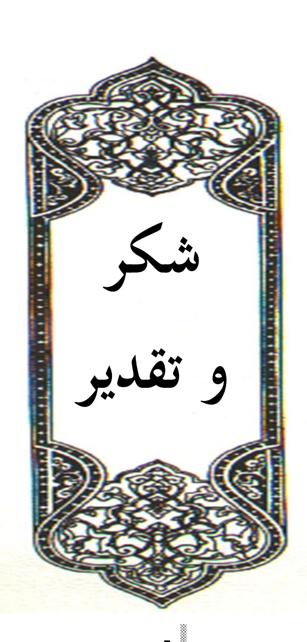
و في هذا المقام ، أسأل الله عز وجل أن يشفي أبي من مرضه و يكشف ما به من ضر فهو أرحم الراحمين .

- إلى الصاحب و الرفيق الطيب : أم عبد الرحمن .

- إلى الأمل الصاعد المنتظر : عبد الرحمن .

- إلى ريحانة البيت : خديجة .

- إلى البشارة المنتظرة . . .



أتقدم بالشكر و التقدير إلى :

- أستاذنا ، العلامة الأستاذ الدكتور لخض لخضاري الذي سعدت بإشرافه ، وقد تنورت الرسالة بتوجيهاته الدقيقة وملاحظاته القيمة ، و أقدر جهده وصبره و ما قدمه من تشجيع حتى تكتمل الرسالة بهذه الحلة الطيبة .

- أستاذنا ، العلامة الأستاذ الدكتور أبو بكر لشهب الذي أنار لنا بتوجيهاته واقتراحاته القيمة الطريق في إحكام هذه الرسالة .

- أستاذنا ، الباحثة الأستاذ لحسن مسقمين الذي قدم لنا من جهده ووقته و أكرمنا بملاحظاته و اقتراحاته القيمة النافعة .

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله الذي أنعم على عباده بالبيان ، و شرع لهم من الأحكام و كلفهم بالوقوف عند حدودها و اجتناب نواهيها تكليفا لهم عنه و لا انفصام ، و أمرهم بتنفيذها بين عباده ليرتفع الظلم و الفساد و الهرج و العناد تنفيذا لا يشوبه حيف في إقامة الحق بين ذوي الخصام ، و صلى اللهم على سيدنا محمد خير الأنام ، المؤيد بالوحي و الإلهام وعلى آله و أصحابه و من تبعهم وقاموا بالشريعة أحسن قيام .

من المعلوم و المقرر الذي يشهد له التاريخ و التجربة أن جميع الشرائع كان الغرض منها إقامة الحق الذي ينبني على أساس العدل في كل شيء ، لما فيه من تعمير الأرض و البعث على الطاعة ، و فيه ما يدعو إلى تحقيق الألفة بين الناس و انتظام أمورهم ، فالدعوة إليه قائمة و الرغبة فيه مطلوبة .

و قد استقرت العقول الراجحة على ضرورة تطبيقه في جميع شؤون الناس ، لأن فكرة العدل تقوم على التوسط بين حالتي التقصير و السرف و بين الإفراط و التفريط ، و هذه قضية عليها جميع الأحكام و أضحت التكاليف جارية بمقتضاها ، فصبغت بها جميع القرارات.

و لما كان العدل هو الغاية التي يسعى إليها جميع البشر ، كان من اللازم ضبط هذه الغاية بما يجمل العدل في نظرهم و يحببهم إليه ، و ذلك عن طريق الدعوة إلى ما فيه تخفيف من

شدة وطأته ، فقد يكون في العدل تفريط أو إفراط يؤدي إلى الظلم ، وخاصة إذا تعلق الأمر بعدل الإنسان مع خصمه .

لأجل ذلك رجح جانب الفضل و الإحسان ، حتى يتقوى الجانب الإنساني و تحمل الناس على أحسن المناهج ، و هذا مشهود في تصرف الشارع الحكيم ، فقد شرع مع العقوبة العادلة العفو و الصلح و ندب إليه .

و العقوبة باعتبارها جزاء عادلا لما اقترف من جرائم ، قد وقع فيها إفراط و تفريط وتأرجحت معالم فلسفتها بين الشدة و الإلغاء و اختلف الناس في إدراك غايتها وتحقيق مقصودها ، و ازداد الاهتمام بها باعتبارها وسيلة للكف عما يقع على الناس من إضرار يمس ما تقام به حياتهم ، و من جهة أخرى أنها تتعلق بالنفس البشرية بالإتلاف و إلحاق الضرر ، فكان من الواجب الاحتياط حتى لا يقع على الجاني أو المجني عليه ظلم و تعد.

و قد تعددت الآراء و النظريات في القانون الوضعي في معرفة أهداف العقوبة بين كونها جزاء مقابلا للجريمة و كونها منعا للجريمة ، و أحرزت البحوث العلمية في مجال الإجرام و العقاب تطورا و صلت به إلى أعمق الأهداف و استقر الأمر على أن الهدف من العقوبة هو إصلاح الجاني و تقويم سلوكه بحيث يعود إلى الحياة الاجتماعية عضوا صالحا .

إلا أن الفقه الحديث – على اختلاف اتجاهاته – يقر بعجز العقوبة بالصورة التقليدية لها و عدم كفاءتها في تقويم المجرم و تقديم حل أمثل لظاهرة الإجرام ، فكان التفكير في ما يخفف وطأة العقوبة أمرا لا بد منه ، وكان الحل في إقامة مؤسسات أكثر تكاملا تحل محل العقوبة من بينها نظام تفريد العقاب.

و يعتبر نظام تفريد العقاب الأساس الشرعي و العلمي للعفو عن العقوبة في القانون الوضعي و الذي كان الحل الأمثل للتخفيف من عدل العقوبة، خاصة العقوبات الشديدة

كعقوبة الإعدام ، زيادة على كونه الطريق الوحيد لإصلاح الأخطاء القضائية .

إلا أن العفو عن العقوبة باعتباره حقا أصبح في نظر فقهاء القانون يشكل خرقا صارخا لمبدأ الفصل بين السلطات ، و ذلك بإتاحة الفرصة أمام رئيس الدولة ليقوم بهدم عمل قامت به السلطة القضائية ، و قد يساء استعمالها إذا ما تدخل حق العفو كثيرا قبل الموعد الطبيعي لتنفيذ العقوبة ، و قد يكون فيه صدمة في أوساط الرأي العام الذي يميل إلى الإبقاء على تنفيذ العقوبة لأنها جزاء عادل .

أما في الشريعة الإسلامية فنظرتها إلى العقوبة و العفو تقوم على أمرين :

- **الأمر الأول** : ضرورة إقامة العدل في كل شيء بمقابلة المسيء بجنس إساءته ، و يكون ذلك بإقامة القاعدة الشرعية عند موضع الإثبات ، فإذا ثبتت العقوبة وأصبحت لازمة كان من الواجب شرعا إنزالها على الجاني .

- **الأمر الثاني** : الدعوة إلى الإحسان في كل شيء ، ومن ذلك العفو عن العقوبات تطبيقا للقاعدة الأخلاقية .

و مفهوم العدالة العقابية في الشريعة الإسلامية يقوم على التوازن بين الأمرين ، ويقتضي هذا الحال المبالغة في الكشف بالأسباب المؤدية إلى ظهور الحق ، يصان بها من وقوع الظلم على الجاني أو المجني عليه ، و النظر إلى الأصلح بناء على غلبة الظن ، والنظر إلى قواعد الأخذ بالأحوط بما يوجب الابتعاد عن التعدي و يقود إلى التناصف و إلى الحق .

فإذا ثبتت العقوبة و قامت الأدلة المستمرة في قطعيتها ، كان من الواجب شرعا إنزالها على الجاني ، فإن وجدت مظان ينقدح بها الحكم الثابت و يحقق مقصود الشارع كان من الندب العدول عنها إلى ما هو أسلم و أحوط و هو : العفو .

أهمية الموضوع و أهدافه :

تكمن أهميته من الجهات التالية :

- من جهة أنه يتعلق بالنفس البشرية التي طالما شرعت من أجلها الأحكام لإصلاحها و ضبطها و حفظ حقوقها ، فالعقوبة إنما وضعت لحفظ ما هو ضروري للناس باعتبارها وسيلة من وسائل الكف عن الإضرار بالآخرين و انتهاك ما تقام به حياتهم .

- من جهة أنه يقدم حلا مشروعا يخفف من وطأة العقوبة التي قد يكون من شدة الإفراط فيها تجاوز واجب العدل فيها و حصول ما هو مخالف لمقصودها .

- من جهة أنه حلا مشروعا لعلاج مشكلة الإجرام من خلال الدعوة إلى الموازنة بين القاعدة الشرعية التي تدل على ضرورة العدل في العقوبة ، و بين القاعدة الأخلاقية التي ترغب في العفو ، ترجيحا للمعاني الإنسانية .

و الهدف من ذلك كله ، تحقيق العدالة العقابية من غير أن يكون في ذلك طمس للحقوق و المصالح و إذهاب للجانب الأخلاقي و الإنساني ، فلا إلغاء للعقوبة بالكلية حتى لا يكون ذلك مناقضا لمبدأ الشرعية ، و لا الوصول إلى أن تكون العقوبة هي الغاية .

أسباب اختيار الموضوع و دوافعه :

يعتبر هذا الموضوع من النقاط العالقة التي فجرها بحث الماجستير و الذي دار موضوعه حول السياسة العقابية ، و كان جل اهتمامي حول هذه النقطة حتى وقع في نفسي موقع القبول و اشتد العزم في ذلك بعد الاستخارة و المشاورة .

و مما زاد الأمر تثبيتا ، تلك الإيحاءات التي استخرجتها من خلال القراءات الكثيرة على مستوى الشبكة العنكبوتية لبعض المقالات القانونية و التي كانت تدل على وجود مشكلة

عالمية في قضية تشريع العقوبة ، تأرجحت بين إلغائها بالكلية و بين من يدعو إلى ما يخفف من شدتها من خلال الدعوة إلى إعمال مؤسسات ثانوية و منها العفو .

كذلك مما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع ، وجود شعور عام بالنسبة للرأي العام بعدم الأمن ، خاصة و هم يرون المجرم الذي بلغ إجرامه مبلغ الشهرة لم يأخذ نصيبه من العقاب و قد تم العفو عنه .

أما اختياري لعبارة **الموازنة** فذلك للأسباب التالية :

- أن الموازنة تقتضي وضعا معينا و هو : المفاضلة بين حال و حال ، و هذه المفاضلة تقتضي الترجيح و اختيار الأنسب عند تنازع المصالح و المفاسد و عند تزاحم الحقوق ، و بها تعرف أي الأشياء التي ينبغي فعلها و أيها ينبغي تركها .

- هناك من الأوضاع التي تقتضي التخيير بين العقوبة و العفو ، و تتأرجح بين ما تقتضيه السياسة الدينية من استبراء و بين ما تقتضيه الأحكام الشرعية من استيفاء ، فيقتضي هذا الحال إعمال فقه الموازنة و استثماره بين مصالح و مفاسد العقوبة أو العفو .

الخلفية التاريخية و الدراسات السابقة :

أشار العلماء القدامى إلى هذه المسألة بعبارات أخرى تندرج ضمن أصول عامة تشمل الجانب العقابي و الجوانب الأخرى ، ذكرت في مورد الترجيح بين المصالح و المفاسد وبين المصالح نفسها و المفاسد نفسها ، خاصة من أقام ذلك على وجه التنظير و التأسيس كما هو الشأن عند العز بن عبد السلام في كتابه **قواعد الأحكام** و من جرى على دربه من علماء الأصول ، و أشار إلى ذلك علماء السياسة الشرعية و الأحكام السلطانية خاصة

في باب ولايات المظالم و الجرائم و باب القضاء[1] .

لكن الذي أشار إلى هذه القضية من قريب هم علماء التفسير خاصة عند تفسيرهم لقوله ﷻ ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّـٰبِرِينَ ﴾ (النحل : 126) ، فاستقر عندهم أن الشارع الحكيم كلما أمر بعدل العقوبة استتبع ذلك بالعفو و بين فضله و ندب إليه .

ثم إن علماء الأصول ذكروا إشكالا يعد انطلاقا للموضوع و هو : هل الأولى العفو عن الظالم أم عقوبته ؟ كما هو مقرر عند الشوكاني في كتابه **نيل الأوطار** و

عند العز بن عبد السلام في كتابه **قواعد الأحكام**[2] .

و جاء تأسيس هذه المسألة وفق قواعد عظيمة ذكرت في بطون كتب الفقه و القواعد الفقهية ، كقاعدة **لا ضرر ولا ضرار** ، و قاعدة **الأخذ بالأصلح** و قاعدة **الخطأ في العفو أولى من الخطأ في العقوبة** .

فالموضوع طرح من قبل بشكل غير مفصل ، و إنما تناثرت تصوراته بين المسائل المختلفة في باب الجنايات خاصة .

و الموضوع بهذا الشكل ربما يكون جديدا – بحسب اطلاعي– لكن قد ذكرت بعض الدراسات الحديثة شيئا منه من غير تفصيل أو من غير تخصيصها كبحث مستقل ، و هو حال ما ذكره الدكتور سالم العوا في كتابه في **أصول النظام الجنائي الإسلامي** ، و ما ذكره

---

[1] – استعمل علماء السياسة الشرعية عبارة الأخذ بالأصلح في عقوبة القصاص من لا ولي له إلا الحاكم وعند موضع التهمة و جهالة حال المتهم ، و عند الشبهة ، وكان موضع خصبها في باب التعازير باعتبار أن العفو حق لولي الأمر .

[2] – ينظر : الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، تحقيق : عصام الدين الصباطي ، ط1 (دار الحديث ، القاهرة : 2000م) ، ج7 ص: 34 ، و ينظر : ابن عبد السلام ، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ، تحقيق : محمود التلاميد الشنقيطي (دار المعارف ، لبنان) ، ج2 ص: 162 .

الدكتور ماهر عبد المجيد عبود في كتابه **العفو عن العقوبة في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي** .

لكن في حقيقة الأمر أن الذي ذكر هذه المسألة بشكل واضح من غير أن يفرد لها باب مستقلا الإمام أبو زهرة في كتابة **العقوبة** و هو يتكلم عن الأولى للمقذوف هل هو العفو أم الأخذ بالعقوبة ؟

فكل هذه الدراسات لم تذكر الموضوع بشكله الحالي و بطرحه المتقدم ، و إنما ذكرته ضمن أبواب و قواعد عامة .

إشكالية الموضوع :

أقام الشارع الحكيم النظام العقابي على فكرة العدل مفادها : معاقبة المسيء بجنس إساءته ، و في المقابل شرع ما يدعو إلى التخفيف من وطأة العدل لمظنة أنه قد يكون في تطبيق العدل إفراط فندب إلى العفو .

و لوحظ من خلال اجتهادات الفقهاء في المسائل التي تتعلق بهذا الباب أن هناك تناسبا بينهما يتعلق بطبيعة كل عقوبة ، فهناك من العقوبات ندب فيها العفو كالقصاص وأخرى حرم فيها كالحدود ، و أخرى ترك أمرها إلى و لي الأمر كالتعازير .

فهذا التناسب و التقابل بين عدالة العقوبة و مشروعية العفو يثير التساؤلات التالية :

- على أي أساس يقوم هذا التناسب بين عدالة العقوبة و مشروعية العفو ؟
- كيف جمعت الشريعة الإسلامية بين القاعدة الشرعية التي تتمثل في ضرورة العقوبة عند الإثبات و بين القاعدة الأخلاقية المتمثلة في العفو ؟
- ما هي المعاني التي راعاها الشارع في ذلك و التي بنيت عليها الموازنة بين العقوبة والعفو ؟

- و ما هي الآثار التي ترتبت عن هذه الموازنة ؟

و لما كانت طبيعة الدراسة تنبني على مقارنة الشريعة الإسلامية بالقانون الوضعي ، فهل نظرة القانون إلى العقوبة و العفو هي نفسها في الشريعة الإسلامية ؟

المنهج المتبع :

- تخريج الأحاديث و الآثار .
- جعلت ترجمة للأعلام و اقتصرت على ذكر اسم العلم و تاريخ ولادته ووفاته إن أمكن ، و لم أوسع في ذكر أثاره ، و قد ذكرت لبعضهم تصانيفهم .
- لم أفصل في بعض المسائل الفرعية التي تتعلق بالجانب الفقهي أو الأصولي باعتبارها قد قتلت بحثا ، و لم أفصل في المسائل الفرعية التي لها صورة مختلفة ، و ربطت المسائل الفقهية بمآخذ الفقهاء و بيان محل النزاع فيها و ذكرت السبب و العلة .
- ابتعدت قدر الإمكان عن الخلاف الفقهي ، و اعتمدت على القواعد الفقهية والأصولية باعتبارها موضع الاتفاق .
- اعتمدت على المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة في غالب الأحيان .
- إن ظهر لي شيء انقدح في ذهني استعملت لفظة **الظاهر** ، و إن ظهر تحقيق في المسألة استعملت لفظة **لوحظ** .
- من الجانب القانوني ، لم أتقيد بقانون ما و إنما كان غالب الأمر ذكر ما ذهب إليه فقهاء القانون عامة .
- و لما كانت طبيعة الدراسة مقارنة الشريعة الإسلامية مع القانون الوضعي ، فإني قد سلكت في ذلك المسلك التالي :

ذكرت وجه ما استقر عليه فقهاء القانون في الموضوع ، ثم جعلت غالب الدراسة هو بيان وجه الشريعة الإسلامية ، و تقيدت بذلك إلى آخر البحث ، و اقتصرت المقارنة في الباب الأول فقط.

- لما كان غالب الدراسة يقتصر على الشريعة الإسلامية ، فإني سلكت في ذلك المسالك التالية :

أ- كثرة الاعتماد على النصوص الشرعية (قرآنا و سنة) و على آثار الصحابة — رضوان الله عليهم — و أقوال الفقهاء و الأصوليين .

ب- الاعتماد على ما استقر عليه المحققون من علماء الفقه و الأصول دون إهمال ما استقر عليه علماء عصرنا خاصة في المواضع التي تقتضي الترجيح .

ج- إتباع مسلك المقارنة بين الفقهاء ، خاصة في المسائل المختلف فيها و التي لا تتعلق بمذهب معين .

- و قد استعنت في ذلك كله بالمناهج المعروفة في البحث العلمي خاصة المنهج التحليلي و المنهج المنطقي و المنهج الاستقرائي .

الصعوبات :

من الصعوبات التي واجهتني خلال هذا البحث :

- تناثر مسائل البحث في كتب الفقه و الأصول ، بحيث يعسر جمعها و فهم المآخذ الفقهية فيها ، و استقراء تلك المسائل يحتاج إلى جهد مشترك ، و جمعها وترتيبها على وفق الخطة المتبعة صعب و عسير ، فموضوع البحث لم يدرس كبحث مستقل .

- مما زاد الأمر صعوبة ، قلة المصادر الخاصة بالموضوع – على حسب اطلاعي – من حيث أن الموضوع لم يطرح طرحا مستقلا بنفسه ، تستقل به نظائر مسائله.

- بعض مسائل الموضوع تحتاج إلى تحقيق خاصة فيما يتعلق بالنوازل الفقهية أو اجتهادات بعض علماء العصر ، و قد وجدت من الصعوبة في ذلك ما أثر على مدة إنجاز هذا البحث ، و خاصة في موضع تعارض الآراء الفقهية أو عند إلحاق المسائل بالقواعد و الأصول .

خطة البحث :

قسمت البحث إلى أربعة أبواب :

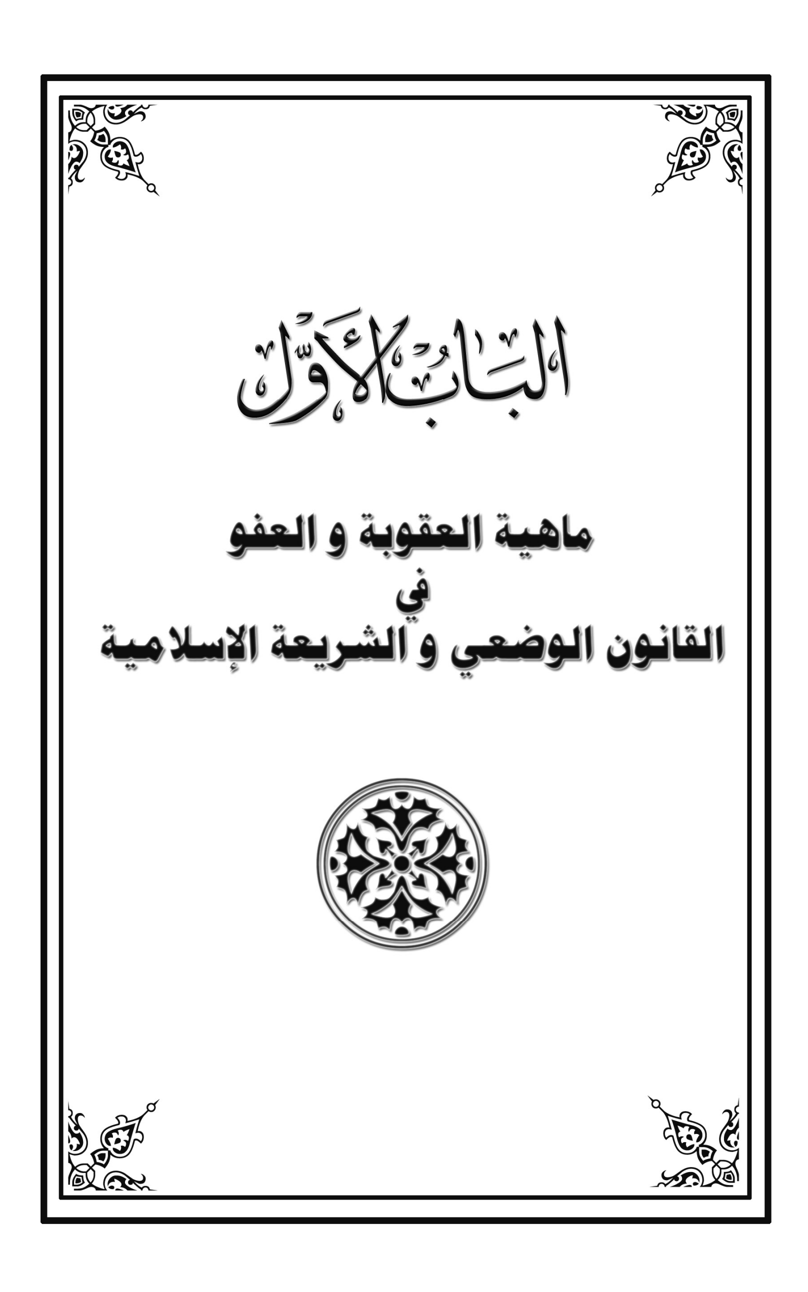
- **الباب الأول** : و قد قسمت هذا الباب إلى فصلين ، فصل يتحدث عن ماهية العقوبة و العفو في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، و فصل آخر يقتصر على الجانب القانوني في أغلبيته و يتحدث عن مشكلة العقوبة و العفو ،ثم ذكر معه وجه الخصوصية الشريعة الإسلامية في ذلك .

- **الباب الثاني** : و يتحدث عن الجانب التأصيلي للموازنة بين العقوبة و العفو من منظور الشريعة الإسلامية من خلال فصلين ، فصل يتحدث عن أدلة ذلك من خلال النصوص الشرعية ، و فصل آخر يتحدث عن ذلك من خلال الاجتهاد الفقهي وإشكالاته و قواعده .

- **الباب الثالث** : و يتناول الأسس التي تقوم عليها الموازنة بين العقوبة و العفو من خلال ثلاثة فصول ، فصل يتحدث عن الأساس الشرعي ، و الآخر يتحدث عن الأساس الحقوقي ، أما الفصل الأخير فهو يتحدث عن الأساس المصلحي .

- **الباب الرابع** : و فيه ذكر بعض الآثار والتطبيقات الفقهية و الأصولية للموازنة بين العقوبة و العفو .

أسأل الله تعالى التوفيق في عملي و بلوغ المقصود ، إنه هو الموفق لما فيه الخير .



الباب الأول

ماهية العقوبة و العفو
في
القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية

الفصل الأول

ماهية العقوبة و العفو
في
الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي



و يتضمن المبحثين التاليين :

- **المبحث الأول:** ماهية العقوبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي
- **المبحث الثاني :** ماهية العفو في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية

المبحث الأول

ماهية العقوبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

و يقصد بالماهية ما يدخل تحت بيان مفهوم العقوبة و الغرض منها و خصائصها ، في كل من الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي .

المطلب الأول

تعريف العقوبة

العقوبة في اللغة : اسم للعقاب ، و العقاب بالكسر و المعاقبة هو : أن تجزي الرجل بما فعل سوءا[1] .

أما في الاصطلاح ، فتطلق في الفقه الإسلامي من جهتين :

– **إحداها : من جهة بيان طبيعة العقوبة و خاصيتها** ، و هي بهذا الاعتبار تعني : الألم الذي يلحق الإنسان مستحقا للجناية ، و يكون بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل[2]، و هو المعنى الفقهي .

فالفقهاء أرادوا من هذا التعريف بيان طبيعتها المتمثلة في خاصية الإيلام ، ثم يردفون ذلك ببيان شروطها و صفتها و كيفية إقامتها ، حتى يكتمل المعنى الأشمل لها و يتضح حدها

[1] – ينظر : ابن منظور ، **لسان العرب** ، ط3 (دار صادر ، بيروت : 1993) ، ج1 ص:619 .

[2] – ينظر : ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** (دار الفكر ، بيروت : 2000) ، ج4 ص:3 .

الشرعي ، من غير تفصيل في بيان الهدف و المقصد منها ، و إن أشاروا إلى ذلك فهو على سبيل البيان و التقعيد من غير تفصيل ، و إنما التركيز كان في بيان وقعها على المجرم .

و من أمثلة ذلك ، قول ابن رشد في بيان عقوبة القصاص فيقول : « و النظر في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : إلى النظر في الموجب ، أعني الموجب للقصاص ، و إلى النظر في الواجب أعني القصاص و في إبداله إن كان له بدل »[1] .

و يقول الكاساني : « يحتاج إلى معرفة مسائل السرقة إلى معرفة ركن السرقة و إلى معرفة شرائط الركن و إلى معرفة ما يظهر به السرقة عند القاضي ، و إلى معرفة حكم السرقة»[2] .

– **ثانيها : من جهة بيان مقصدها الأصلي** ، و ذلك من خلال الإشارة إلى المعنى الذي من أجله شرعت العقوبة و هو الزجر ، أو من خلال ذكر ما أوجبته من حفظ ضروريات الناس أو ما قام عليه النفع العام ، فجاء تعريف العقوبة و فق هذا المعنى ، ومن أمثلة ذلك

قول الماوردي : « الحدود زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر و ترك ما أمر»[3]،وقول النفـراوي:«ما وضع لمنع الجـــــاني من عوده لمثل فعله و زجر غيره » [4]،

---

[1] – ابن رشد ، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد** ، تحقيق : علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود ، ط1 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1996 م) ، ج6 ص: 20 .

[2] – الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، تحقيق : محمد عدنان بن ياسين درويش ، ط1 (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : 2010 م) ، ج6 ص:5 .

[3] – الماوردي ، **الأحكام السلطانية** ، تحقيق : أحمد مبارك البغدادي ، ط1 (مكتبة دار ابن قتيبة ، الكويت : 1989 م) ، ص: 288 .

[4] – النفراوي ، **الفواكه الدواني** (دار الفكر ، بيروت : 2009) ، ج2 ص: 178 .

قول العيني: « الانزجار عما يتضرر به العباد »[1].

فهذه التعريفات جاءت لتبين الحكمة من تشريع العقوبة من غير الإشارة إلى طبيعتها ، و هو في الغالب أميل إلى الجانب الأصولي، و إن كان قد ذكره الفقهاء في مقدمة الكلام عن العقوبة ، إلا أن علماء الأصول قد أشاروا إلى هذا المعنى في الغالب عند الكلام عن الحدود خاصة .

و قد مال فقهاء العصر الحديث في تعريف العقوبة إلى الجهة الثانية ، فقال الدكتور البهنسي : « العقوبة هي جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه و ترك ما أمر به »[2] ، و قال الأستاذ عبد القادر عودة : « الجزاء الذي وضع لمصلحة الجماعة عند عصيان ما أمر الشارع الحكيم »[3].

و تطلق العقوبة على عدة معان منها :

1- تطلق بمعنى **الجزاء** ، و هو تعبير قرآني ، في قوله ﷻ : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ ، (المائدة :33) ، و قوله ﷻ :﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ ، (المائدة :38) .

---

[1] – العيني ، **البناية في شرح الهداية** (دار الفكر ، بيروت : 2009 م) ، ج6 ص: 191 .

[2] – بهنسي ، **العقوبة في الفقه الإسلامي** ، ط5 ، (دار الشروق ، بيروت : 1983)، ص: 13 .

[3] – عبد القادر عودة ، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي** ، ط14 (مؤسسة الرسالة ، بيروت : 1997) ، ج1 ص: 609 .

إلا أن الجزاء أعم من العقوبة ، فالجزاء يستعمل في الخير و الشر ، فقد يكون الجزاء في مقابل فعل خير أو قد يكون في مقابل عمل شر ، أما العقوبة فقد اختصت بالأخذ بالسوء .

2- و تطلق في **مقابل الحق** ، فيقال حق الله تعالى و حق الآدمي ، فالأول في معنى الحدود و الثاني في معنى القصاص .

3- و العقوبة في الفقه الإسلامي **مركبة بين ما يتطلبه القضاء و ما يتطلبه الدين** ، و هي بهذا الإطلاق أشمل و أعم ، فما يتطلبه القضاء فهي كل عقوبة يشترط فيها الخصومة أو ما لزم تنفيذها قضاءً ، و أما ما يتطلبه الدين فيدخل فيما لا يشترط فيه الخصومة ولا يتطلب إثباتها القضاء كالكفارات ، باعتبارها أمر يتعلق بعلاقة العبد بربه ﷻ ، فيحاسب عليها في الآخرة .

- و تطلق في **مقابل الاستحقاق**[1] عند وجود أسبابها كالإثم و العصيان ، و لذلك عندما عرف العلماء الإثم قالوا بأنه : استحقاق العقوبة [2].

و الإطلاق الأخير ينبئ إلى أمرين :

- **أحدهما** : أنه من قال باستحقاق العقوبة ، فذلك بناء على جواز العفو ، لأن في مقابل الحق ندب أو في مقابل الفرض ندب الذي هو العفو ، ولا يكون العفو إلا بعد

---

[1] – الاستحقاق في المعنى اللغوي : ثبوت الحق و وجوبه كقوله تعالى:(فإن عثر على أنهما استحقا إثما) (المائدة : 107) ، و هو نفسه المعنى الفقهي ، ينظر : ابن منظور ، **لسان العرب** ، ط1 (دار صادر ، بيروت : ب.ت) ، ج10 ص: 49 ، و ينظر : **الموسوعة الفقهية** ، وزارة الشؤون الإسلامية ، ط2 (السلاسل ، الكويت : 1404هـ) ، ج3 ص: 219 .

[2] – ابن عابدين ، **رد المحتارعلى الدر المختار** ، ج3 ص: 706.

استحقاق العقوبة كعقوبة القصاص .

- **ثانيها** : أن القول بالاستحقاق ينبئ أن العقاب ليس بالعذاب ، فالفاعل الذي فعل فعلا يوصف بالجرم ، فإنه يستحق عقب فعله العقوبة بخلاف العذاب ، فيجوز أن يكون عن استحقاق و يجوز أن يكون من غير ذلك[1] .

أما في القانون الوضعي، فقد عبر فقهاء القانون عن لفظ العقوبة بتعبير الجزاء ، من ذلك:

1- عرفها الدكتور إسحاق إبراهيم منصور بقوله : « جزاء يقره الشارع و يوقعه القاضي على من ثبتت مسئوليته عن ارتكاب جريمة ، و تتمثل العقوبة قي إيلام الجاني بالانتقاص من بعض حقوقه الشخصية »[2] .

2- و عرفها الدكتور عبد الله سليمان بقوله : « جزاء تقويمي تنطوي على إيلام مقصود ، تتنزل بمرتكب جريمة ذي أهلية لتحملها ، بناء على حكم قضائي يستند إلى قانون يحددها ، و يترتب عليها إهدار حق لمرتكب الجريمة أو مصلحة له أو يعطل استعمالها»[3].

و الملاحظ من التعريفين ، أنهما عرفا العقوبة باعتبار أنها واقعة مادية تتنزل على الجاني ، و هي بهذا المعنى أقرب للمعنى الفقهي الذي ذكر سابقا .

---

[1] – ينظر : أبو هلال العسكري ، **الفروق اللغوية** ، تحقيق : محمد إبراهيم سليم (دار العلم و الثقافة ، القاهرة : ب.ت) ، ص: 239 .

[2] – إسحاق إبراهيم منصور ، **موجز في علم الإجرام و علم العقاب** (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر : 1982 م) ص: 130 .

[3] – عبد الله سليمان ، **شرح قانون العقوبات الجزائري** (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر : 1995) ،ج2 ص: 417 .

3- و عرفها البعض الآخر بأنها : « الجزاء الذي يقرره القانون باسم الجماعة ولصالحها ضد من ثبتت مسؤوليته و استحقاقه للعقاب عن جريمة من الجرائم التي نص عليها »[1].

و هذا التعريف يتناسب مع المعنى الثاني للعقوبة ، من خلال بيان الهدف من العقوبة المتمثل في كونها مصلحة للجماعة ، و فيه من المعاني ما يدل على أن العقوبة ليس المقصود منها العذاب ، و إنما هي استحقاق عن جرم ارتكب .

المطلب الثاني

الغرض من العقوبة

و سيشمل بيان الغرض في كل من القانون الوضعي من خلال مدارس علمية بينت ذلك، و أما في الشريعة الإسلامية فمن خلال ما أقره الفقه الإسلامي في بيان الهدف من العقوبة.

الفرع الأول

في القانون الوضعي

شهدت العقوبة مراحل عدة – بحسب نظر القانون الوضعي- من خلال تسلسل تاريخي و مدارس علمية ، بحثت عن غرض العقوبة و أهدافها و أهم قواعدها .

1- **فمن حيث السند التاريخي** ، فالمقرر في النظم القانونية القديمة أن العقوبة اتخذت شكلا يمتاز بالشدة و القوة ، و كان الغرض منها العذاب نفسه كما نص قانون **مانو**

---

(1) – راشد علي ، **موجز القانون الجنائي** (دار النشر للجامعات المصرية ، مصر : 1991م) ، ص: 465 ،و ينظر : محمود نجيب ، علم العقاب (دار النهضة ، مصر : 1966 م) ، ص: 405 ، و ينظر : زرق فؤاد ، **الأحكام الجزائية العامة** (منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت : 1998) ، ص: 217 .

الهندي على قتل السارق في السرقة للمرة الثالثة[1] ، و كانت العقوبة لهذا الجرم في الشرائع الصينية القديمة قطع الرجل ثم أصبح بالإمكان قتله[2].

و تضمن **قانون حمورابي** عقوبات مشددة لجرائم النصب و الاحتيال و الغش ، فكان يطبق حكم الإعدام على من يقبض عليه متلبسا بالسرقة [3].

وكان للعقوبة أغراض عنصرية و دينية و سياسية ، تقوم على اختلاف الفروق الاجتماعية بين الأحرار و العبيد ، و من أمثلة ما جاء من نص حمو رابي على أن الرجل الحر الذي حطم أسنان رجل آخر حر يفقد أسنانه ، و لكن يكتفي بدفع ثلث كيل فضة إذا كان الضحية أقل رتبة منه[4] .

ثم اتخذت العقوبة طابعا دينيا ، فأصبحت الجريمة عصيانا دينيا على الأفراد قبول الجزاء الذي تقرره السلطة الدينية مهما بلغت قسوتها ، كما هو عند المصريين القدامى والعبرانيين[5] .

ثم اتخذت طابعا سياسيا، فنادى فقهاء الرومان على أن يكون للعقوبة إلى جانب الردع كوظيفة أساسية ، وظيفة أخرى و هي : تقويم الجاني و إصلاحه[6] .

فكانت هذه الفكرة الأخيرة منطلقا أساسيا للمدارس الفقهية القانونية اللاحقة .

---

(1) – ينظر : دليلة فركوس ، **تاريخ النظم القديمة** (أطلس للنشر ، الجزائر : 1993) ، ص:32 .

(2) – ينظر :علي محمد جعفر ، **فلسفة العقوبات في القانون و الشرع الإسلامي** ، ط1 (المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت : 1997) ، ص: 9 .

(3) – ينظر : المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

(4) – ينظر : المرجع نفسه ، ص: 10 .

(5) – ينظر : المرجع نفسه ، ص: 11–12 .

(6) – عوض محمد و محمد زكي أبو عامر، **مبادئ علم الإجرام و العقاب** ، (الدار الجامعية ، بيروت : 1992 م) ص:388 .

2- **أما من حيث السند العقلي** ، فقد ظهرت المدارس العلمية على يد **بيكاريا** و **بنتام** في المرحلة الأولى ، و سميت بالمدرسة التقليدية الأولى و بالمدرسة الكلاسيكية ، وقد تأثرت **بفكرة العقد الاجتماعي** ، على أن أفراد المجتمع قد تعاقدوا على العيش في سلام و ولاء لسلطة موحدة ، و بالتالي فإن الجريمة تعتبر خرقا لهذا العقد ، و يعطى حق اللجوء إلى العقاب[1] .

ثم تطورت الفكرة إلى أن وصل العالم الإيطالي **بيكاريا** إلى أن العقاب يجب أن يكون محدودا بحدي العدل و المصلحة الاجتماعية ، و من الظلم التعدي في الشدة ما يلزم لحماية المجتمع ، فأصبحت الغاية من العقاب ليست التعذيب ، بل منع المجرم من العود للإجرام ، و منع الغير من الوقوع فيه[2] . و جاء العالم **بنتام** فانطلق من نهايات **بيكاريا** وزاد عليها فكرة **نفعية العقوبة** ، و مفادها : أن العقوبة لا تحقق نفعا للجماعة إلا إذا اتسمت بالقسوة التي تكفي لإقناع الشخص بأنه إذا أقدم على ارتكاب الجريمة ، فسيخضع لعقوبة تفوق بأذاها المنفعة التي يحصلها من الجريمة ، بناء على رجحان إيلام العقوبة على الفائدة المتوقعة من الجريمة [3].

ثم **جاءت المدرسة التقليدية الحديثة** التي أقامت فلسفتها على أن العدالة أساس لمشروع العقاب ، استلهاما من الفلسفة المثالية للعالم الألماني **كانت** ، و قد أقاموا فكرتهم جمعا بين **فكرة العدالة و فكرة المنفعة الاجتماعية** ، و مفاد ذلك : وجوب الاعتراف بالمسؤولية الجنائية المخففة ، و مراعاة الحالة الخاصة لكل مجرم على حدة في ضوء سلامة إرادته

---

[1] – ينظر : عوض محمد و محمد زكي ، **مبادئ علم الإجرام و العقاب** ، ص: 39 .

[2] – شيحا إبراهيم ، **النظم السياسية و القانون الدستوري** (الدار الجامعية ، بيروت : ب.ت)، ص: 859 .

[3] – ينظر : عبد الفتاح مصطفى ، **الأحكام العامة للنظام الجزائي** ، ط1 (جامعة الملك سعود ، الرياض : 1995) ، ص: 29 .

وكمال إدراكه ، و ما أحاط بسلوكه الإجرامي من ظروف و ملابسات و استبعاد العقوبات القاسية[1] .

و جاءت المدرسة الوضعية و التي كان هدفها استبعاد فكرة العدالة و المنفعة ، و أقاموا

العقوبة على **فكرة الدفاع الاجتماعي** ضد الجريمة ، و ذلك بوسيلة التدابير الوقائية ، كالعفو و وقف التنفيذ و الإفراج تحت شرط الإيداع في مكان خاص لمدة معينة غير محددة[2] .

و أخيرا ظهرت **مدرسة حركة الدفاع الاجتماعي** و التي ظهرت في النصف الأول من القرن العشرين ، و أشهر منظريها العالمين **جراماتيكا** و **مارك أنسل** ، و كان لها الأثر الكبير في تغيير النظام العقابي في القانون الوضعي .

فنظرية **جرماتيكا** ترى ضرورة تعديل القوانين الجنائية بشكل يستبعد تحمل الإنسان

المسؤولية على أساس الفعل الإجرامي أو نتائجه[3] ، و هذا فيه معنى إلغاء النظام العقابي و قد يتعارض مع فكرة مبدأ شرعية العقوبة ، و قد حمل الدولة عبء استبعاد أسباب انحراف الفرد اجتماعيا ، و تأهيله للحياة الاجتماعية دون اللجوء إلى العقاب و استخدام التدابير الوقائية و العلاجية ، و أن يقوم الإصلاح على أساس دراسة كل منحرف على حدة و دراسة ظروفه[4] .

أما نظرية **أنسل** ، فتقوم على ضرورة التخلص من الصياغات القانونية الجديدة ، وذلك

---

(1) – ينظر : المرجع نفسه ، ص:31 .

(2) – ينظر : عوض محمد و محمد زكي ، **مبادئ علم الإجرام و العقاب** ، ص: 406 .

(3) – ينظر : نبيل السمالوطي ، **علم اجتماع العقاب** ، ط1 (دار الشروق ، جدة : 1983) ، ج1، ص: 70

(4) – ينظر : عبد الفتاح مصطفى ، **الأحكام العامة للنظام الجزائي** ، ص:39 ، و ينظر : نبيل السمالوط ، **علم اجتماع العقاب** ، ص:71 .

بعدم الاقتصار على المناهج القانونية أو الصياغات النصية فقط ، بل يجب الاستعانة بالعلوم الاجتماعية و النفسية [1].

و المعمول به في العصر الحديث بالنسبة للقوانين الوضعية هو قيام أساس العقوبة على فكرة العدل و حماية المجتمع .

فالمقصود بالعدل هو أن تكون العقوبة متناسقة مع درجة الخطيئة التي ارتكبها الجاني .

و المقصود بحماية المجتمع هو أن تكون العقوبة تناسب حالة الجاني الخطرة .

و هذا الجمع بين العدل و حماية المجتمع يتحقق من خلاله وظيفتين للعقوبة :

– **الوظيفة الأولى** : تحقيق الشعور العام بالرضا في الناس من خلال بث الطمأنينة والسلام فيهم .

– **الوظيفة الثانية** : ردع المجرم حتى لا يعود إلى الإجرام ، بالإنذار أو الإصلاح أو الاستبعاد ، و كذلك ردع غيره من الوقوع في الجريمة[2] .

الفرع الثاني

في الفقه الإسلامي

يقصد بالغرض الأهداف و المقاصد التي شرعت من أجلها العقوبة و استمدت منها أصولها العامة ، و قد تقرر عند علماء العصر الحديث من خلال ما استقرؤوه من نصوص شرعية تتعلق بالعقاب ، و من خلال الفروع الفقهية و أقوال الفقهاء و علماء الأصول ، أن العقوبة في الفقه الإسلامي تهدف إلى أمرين :

---

[1] – ينظر : المراجع نفسها و الصفحات نفسها .

[2] – ينظر : راشد علي ، موجز القانون الجنائي ، ص: 469 ، و ينظر : الفاصل محمد ، **المبادئ العامة في قانون العقوبات** (مطبعة جامعة دمشق ، دمشق : 1965)، ص: 53 ، و ينظر : السعيد مصطفى ، **الأحكام العامة في قانون العقوبات** (دار المعارف ، مصر : 1962)، ص:551 .

– **الأمر الأول** : حماية الفضيلة و حماية المجتمع من أن يقع في الرذائل أو أن تتحكم الأهواء في تسييره .

– **الأمر الثاني** : تحقيق المصالح و حفظها بالنسبة للمجتمع[1] .

أما المقصد من تشريع العقوبة في الفقه الإسلامي ،فهو يتنوع بين الزجر والاستصلاح، فالقصاص و الحدود كان القصد من تشريعها زجر الجاني ، أما التعازير فكان القصد منها الاستصلاح .

فالمقصد الأول الذي هو الزجر (كأصل عام للعقوبة) يعتمد على قاعدة **درء المفاسد** ، و قد ذكر الفقهاء مع الزجر الجبر باعتباره على أنه يقوم على قاعدة **جلب المصالح**

واشتهرت مقولة : **الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح ، و الزواجر مشروعة لدرء المفاسد** [2].

و هذا المعنى الذي تقوم عليه العقوبات ، إنما كان في الأحكام الشرعية التي لا تتغير بتغير الأحوال و الظروف ، و لا تقبل العفو و لا الإسقاط ، إلا ما دل الشرع على تغليب حق العبد فيه مثل عقوبة القصاص .

و قد يفهم من الزجر أن العقوبة شرعت لذاتها ، فهذا ليس بصحيح بحسب النظر إلى ما دل عليه الاستقراء للفروع الفقهية المتعلقة بالباب .

---

[1] – ينظر : أبو زهرة ، **فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي** (معهد الدراسات العربية العالمية ، مصر : 1383هـ)، ص: 18 .

[2] – ينظر : العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، تحقيق : محمود التلاميد الشنقيطي (دار المعارف ، بيروت : ب.ت) ،ج1 ص: 14 ، و ينظر : ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) ، ج5 ص: 212 ، و ينظر : ابن عابدين ، **رد المختار**، ج4 ص: 3 ، و ينظر : الماوردي ، **الأحكام السلطانية و الولايات الدينية** ، ص: 288 ، و ينظر : ابن فرحون ، **التبصرة** (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1995 م) ج2 ص: 217 .

فقد دل أن إنزال العقوبات المقدرة على الجناة يحتاج إلى مزيد من الحيطة و الحذر لتشوف الشارع الحكيم إلى مصلحة أخرى و هي : المحافظة على أطراف الناس من الهلاك ، فالشارع الحكيم لما شرع عقوبة الجلد و القطع و القصاص لم يرد ذاتها ، و إنما أراد زجر الأنفس المريضة في الوقوع في هذه الجرائم ، و لعل تقديم الشارع لحفظ النفس على حفظ الدين عند الهلاك و الاضطرار ، دليل على ما سبق .

أما الاستصلاح ، فالقصد منه تأديب الجاني و إصلاحه ، و هذا المعنى موجود في العقوبات غير المقدرة و التي تسمى بالتعازير ، و هو يقوم على مراعاة ظروف و أحوال المجرم و الجريمة .

و الموازنة بين مبدأ الزجر و الاستصلاح يدل على أن الشريعة الإسلامية لم تسو بين الجرائم كلها ، و إنما جعلت كل مبدأ يتعلق بجرائم معينة ، بخلاف ما هو في القانون الوضعي الذي جمع بين المبادئ وساوى بينها في كل الجرائم .

فالشريعة الإسلامية طبقت هذه المبادئ تطبيقا متوازنا ، قد يظن الناظر لذلك أنه يوجد تضارب ، مفاده : أن الأصل الذي تقوم عليه العقوبة تحارب الجريمة و تهمل شخص المجرم ، و بعضها يهتم بشخصية المجرم و لا يهمل محاربة الجريمة ، فالأول يقصد منه حماية مصالح الجماعة و الثاني يقصد منه إصلاحه ، فكيف يجتمع ذلك ؟

و **تفصيل ذلك** : أن الشارع الحكيم لم يسو بين الجرائم من خلال الأصول التي بنيت عليها العقوبة ، فالعقوبات التي كان القصد منها حماية المجتمع قد أهمل فيها جانب المجرم لأن فساد جرائمها كبير يخل بضروريات الناس ، و لذلك لم تراع فيها ظروف المجرم وهذا المعنى موجود في عقوبة القصاص و عقوبات الحدود .

أما العقوبات التي كان القصد منها تأديب الجاني و إصلاحه ، فقد راعت فيه ظروفه

باعتبار أنها لا ترقى إلى خطورة جرائم الحدود .

و هناك معنى أدق من السابق ، يتمثل في أن الشريعة الإسلامية شرعت مع العقوبة ما به تكتمل الأصول و المقاصد لبلوغ حد الكمال و هو : العفو و الصلح ، و هما متلازمين للعقوبات الأصلية كالقصاص ، و ذلك حتى تكتمل الصورة العامة للغرض والقصد الذي بني عليه النظام العقابي في الفقه الإسلامي .

و لقد كان الغرض من ملازمة هذا المعنى للعقوبات عامة ، تحقيق هدفين :

- دفع الجاني إلى المسارعة إلى التوبة و الرجوع عن الذنب .

- القضاء على الأحقاد و الثأر و الانتقام.

فقد يكون بالعفو مخرجا للجاني حتى يسارع إلى التوبة النصوح و لا يرجع إلى الجريمة بعد ذلك باعتبار أن ذلك من مقتضيات التوبة ، و قد يكون فيه ما يقضي على ما تسر به النفوس الحاقنة ، فإن للحقد و حب الانتقام أثرا كبيرا في الجرأة على ارتكاب الجريمة.

المطلب الثالث

خصائص العقوبة

و سيذكر من الخصائص ما يتعلق بشرعية العقوبة و شخصيتها باعتبار أن هذين المبدأين من المبادئ العظيمة التي وصلت إليها النظم الوضعية ، و أقرتها الشريعة الإسلامية في جميع أحكامها ابتداء .

الفرع الأول

خاصية الشرعية

المعلوم و المقرر عند علماء الأصول و الفقهاء أن الأحكام الشرعية قسمان :

- قسم الأحكام التكليفية.
- قسم الأحكام الوضعية .

فالأحكام التكليفية جاءت للتنصيص على الجريمة ، و ذلك بالنسبة للأحكام التي جاءت على وجه الطلب اللازم فعله أو الكف اللازم تركه ، أما الأحكام التي جاءت على سبيل التخيير ، فلا يعاقب على تركها أو إتيانها ، و لا يعتبر تركها جريمة على الرأي الراجح[1] .

أما الأحكام الوضعية ، فقد جاءت للتنصيص على العقوبة من خلال بيان أسبابها وشروطها و موانعها .

و هذه الأحكام بقسميها بنيت على قاعدة : **لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع ،** و معناها : أن موجب الحكم لا يكون إلا بعد البيان و السمع ، و العقاب لا يكون حقا و لا يستحقه صاحبه إلا بعد سماع خطاب الله تعالى ، ثم جاء بعدها العصيان[2] .

فتبين أن استحقاق العقوبة متوقف على سبق العلم ، فلا تكليف إلا بعد وصول الخطاب الشرعي ، و منها استخرجت قاعدة : **لا جريمة و لا عقوبة بغير نص .**

و نجد هذه القاعدة قد طبقت تطبيقا دقيقا في جرائم القصاص و الحدود ، و ليس المقام مقام تفصيل في ذلك ، فهو واضح في كتب الفقه و قد قامت الأدلة الكافية من القرآن الكريم و السنة النبوية في بيان ذلك و تقريره .

---

[1] – المسألة أصولية جرى فيه الخلاف ، بيانه : هل المباح واجب فيكون تركه معاقب عليه ؟ و لتفصيل المسألة ينظر : الزركشي ، **البحر المحيط** ، تحقيق : محمد تامر (دار الكتب العلمية ، بيروت : 2000 م) ج1 ص: 224 ، و ينظر : الجصاص ، **الفصول في الأصول** ، تحقيق : عجيل جاسم النشمي ، ط1 (وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الكويت : 1985) ، ج2 ص: 147 ، و ينظر : القرافي ، **الفروق** ، تحقيق : عبد الحميد هنداوي (المكتبة العصرية ، بيروت : 2007م) ، ج3 ص: 19 .

[2] – ينظر : الزركشي ، **البحر المحيط** ، ج1 ص: 221 و ص: 348 .

و اختصت الشريعة الإسلامية من خلال هذا المبدأ (مبدأ الشرعية) بخاصية الجمع بين الثابت و المتغير في أحكامها ، فبعضها ثابت لا يطرأ عليه التبديل أو التغيير أو الزيادة أو النقصان ، و لا يؤثر فيه تغير الأزمنة و الأمكنة و لا الظروف ، و بعضها متغير اعتبر فيه التبديل بحسب الظروف و الأحوال .

يقول ابن القيم : « الأحكام نوعان : - **نوع** لا يتغير عن حال واحدة فهو عليها ، لا بحسب الأزمنة و لا الأمكنة و لا اجتهاد الأئمة ، كوجوب الواجبات و تحريم المحرمات و الحدود المقدرة بالشرع على الجرائم و نحو ذلك ، فهذا لا يتطرق إليه تغيير و لا اجتهاد مخالف لما وضع له .

- و **النوع الثاني** ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة زمانا و مكانا و حالا .. فشرع التعزير بالقتل لمدمن الخمر في المرة الرابعة ، و عزر بالعقوبات المالية في عدة مواضع»[1].

و المقصود بالأحكام التي تختلف باختلاف الظروف و الأزمنة و الأمكنة ، ليس في أصل الخطاب ، باعتبار أن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي ، و إنما المقصود من الاختلاف : **أن العادة إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها** [2]، فالأحكام المتغيرة لا تخرج عن الشريعة ، بل هي تحتكم إلى القواعد العامة للتشريع ، استنادا إلى جواز الاجتهاد و الاستنباط .

و قد كان من أثر هذا المبدأ الفصل بين السلطتين ، السلطة التشريعية و السلطة

---

[1] — ابن قيم الجوزية ، **إغاثة اللهفان** ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، ط2 (دار المعرفة ، بيروت : 1975 م) ،ج 1 ص: 330 .

[2] — ينظر : الشاطبي ، **الموافقات في أصول الشريعة** ، تحقيق : عبد الله دراز و محمد عبد الله دراز ، ط3 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 2003) ، ج2 ص: 217.

التنفيذية [1]، فكانت وظيفة السلطة الأولى بيان أحكام العقوبات التي جاء بها النص الصريح ، أما الذي لا نص فيه ، فقد اعملوا في ذلك الاستنباط و تخريج العلة و تحقيقها.

و كانت وظيفة الثانية ، تنفيذ ما قرر في السلطة الأولى .

و كان لهذا الفصل أثر كبير في بيان اختصاص القضاة و الولاة ، فكان اختصاص القضاة الفصل في الخصومات فقط ، و أما الولاة فكان لهم تنفيذ الأحكام نيابة عن الحاكم[2] .

و الغرض من ذلك كله ، حفظ الحقوق و الحريات ، حتى لا يكون اعتداء باسم الجريمة ، و قد حذر الشارع في كثير من المواضع من الاعتداء و التعدي و الزيادة في الظلم .

و أما في القانون الوضعي ، فلا توقع عقوبة من جانب القاضي إلا بناء على نص تشريعي صريح يقررها ، كما لا يجوز الحكم بعقوبة تختلف في طبيعتها أو يجاوز مقدارها تلك المنصوص عليها قانونا [3].

و يحدد مبدأ الشرعية مصادر القانون مقتصرا على القوانين الصادرة من السلطات التشريعية أو النظم التي تصدر عن السلطة التنفيذية[4] ، و يحذر رجعية القوانين المعرفة للجرائم و المحددة للعقوبات ، فالقانون لا يسري في الماضي[5] .

---

(1) — ينظر : بهنسي ، **العقوبة في الفقه الإسلامي** ، ص: 33 .

(2) — ينظر : القرافي ، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام و تصرفات القاضي و الإمام** ، تحقيق : أبو بكر عبد الرزاق ، ط1 (المكتب الثقافي ، الأزهر الشريف ، مصر : 1989 م) ، ص: 27 .

(3) — ينظر: سليمان عبد المنعم ، **النظرية العامة لقانون العقوبات** (دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية : 2000) ، ص: 796 ، و ينظر : بارش سليمان ، **مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري** (دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر : ب.ت) ، ص: 32 .

(4) — ينظر : بن شيخ لحسين ، **مبادئ القانون الجزائي العام** (دار هومه ،الجزائر : 2002م) ، ص: 35 .

(5) — ينظر : المرجع نفسه ، ص: 40 .

الفرع الثاني

شخصية العقوبة

تمس العقوبة في الفقه الإسلامي الشخص نفسه و لا تتعداه إلى غيره ، و هذا المبدأ ثبت من خلال مجموع النصوص الشرعية ، كقوله ﷻ : ﴿ وَلَا تَكۡسِبُ كُلُّ نَفۡسٍ إِلَّا عَلَيۡهَاۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۚ ﴾ (الأنعام : 164) ، و قوله ﷻ : ﴿ وَأَن لَّيۡسَ لِلۡإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾ (النجم : 39) ، و قوله ﷻ : ﴿ مَّنۡ عَمِلَ صَٰلِحٗا فَلِنَفۡسِهِۦۖ وَمَنۡ أَسَآءَ فَعَلَيۡهَاۗ وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّٰمٖ لِّلۡعَبِيدِ ﴾ (فصلت : 46) .

و قوله ﷺ : « **لا يؤاخذ الرجل بجريرة أبيه و لا بجريرة أخيه** »[1]، و قوله ﷺ : « **و أن لا يجني جان إلا على نفسه** »[2] .

و قد طبق هذا المبدأ تطبيقا متوازنا ، يراعي فيه بعض الأحوال التي جعلها بعض الباحثين من جملة الاستثناءات لهذه القاعدة عند مقارنته للقانون الوضعي ، و إن كان لهذا الاستثناء مسوغ أقره عموم التشريع ، و من ذلك تحميل العاقلة الدية مع الجاني في

شبه العمد و الخطأ .

فالأصل في هذه المسألة وجوب الدية على الجاني نفسه لما تضمنته النصوص الشرعية السابقة ، فلم تتحمل العاقلة ضمان الأموال و دية العمد ، لكن ترك هذا الأصل في دية الخطأ بالنص الشرعي ، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : « **اقتتلت امرأتان من هذيل ، فرمت**

---

[1] – أخرجه النسائي في **السنن** من حديث مسروق عن عبد الله ، كتاب تحريم الدم ، رقم : 4058 .

[2] – أخرجه الترمذي في **السنن** من حديث أبو الأحوص عن شبيب بن غرقدة ، كتاب تفسير القرآن ، رقم : 3012 .

إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها و ما في بطنها ، فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها[1] .

و **من جهة مراعاة المعنى** ، فإن في تحميل العاقلة الدية فتح باب المواساة و التعاون و عدم التفريط في الجاني من غير أن يلزمهم بذنب جنايته ، فهم ليسوا مذنبين ، و إنما ذلك يدخل من باب المواساة ، و إن كان هذا العمل تستحسنه العقول الراجحة ، قال البهوتي[2]:« إن جنايات الخطأ تكثر و دية الآدمي كثيرة ، فإيجابها على الجاني في ماله يجحف به ، فاقتضت الحكمة و إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل و الإعانة له تخفيفا »[3] ، و ذهب الكاساني إلى أكثر من ذلك ، قال :« إن حفظ القاتل واجب على عاقلته ، فإذا لم يحفظوا فقد فرطوا ، و التفريط منهم ذنب »[4] .

و قد تقرر هذا المبدأ في القانون الوضعي لدى فقهاء القانون ، و من جملة ذلك: أن العقوبة لا توقع إلا على من ثبتت مسؤوليته عن ارتكاب الجريمة ، و إذا كانت العقوبة مالية ، فإنها لا تنفذ إلا في أموال المحكوم عليه وحده دون أصوله أو فروعه[5] .

---

(1) – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب الديات ، رقم : 6319 .

(2) – صالح بن حسن بن أحمد (ـ، 1121 هـ) ، فقيه حنبلي أزهري ، من مصنفاته : العذب الفائض ، كشف القناع ، ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج3 ص: 190 .

(3) – البهوتي ، **كشف القناع عن متن الإقناع** ، تحقيق : هلال مصيلحي (دار الفكر ، بيروت : 1402 هـ) ، ج6 ص: 6.

(4) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص: 308 .

(5) – ينظر : إسحاق إبراهيم منصور ، **موجز في علم الإجرام و العقاب** ، ص:130 .

المبحث الثاني

ماهية العفو في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية

و يقصد بالماهية في هذا المبحث ، معرفة مفهوم العفو و سنده التاريخي و العلمي وبيان طبيعته و نطاق استعماله في القانون الوضعي ، ثم يتعقبه بيان حقيقة العفو و ذكر جملة من أحكامه في الشريعة الإسلامية .

المطلب الأول

ماهية العفو في القانون الوضعي

يقتضي بيان ماهية العفو في النظم الوضعية ، بيان تعريفه و ذكر السند التي يستمد العفو شرعيته في القانون الوضعي ، و طبيعته القانونية و مجال استعماله من خلال الفروع التالية .

الفرع الأول

تعريف العفو

عرف فقهاء القانون العفو بأنه : « إنهاء التزام بتنفيذ عقوبة إزاء شخص صدر ضده حكم مبرم بها إنهاء كليا أو جزئيا ، أو استبدال التزام آخر به ، موضوعه عقوبة أخرى ، و ذلك بناء على مرسوم صادر عن رئيس الجمهورية »[1].

[1] — رباح غسان ، **الاتجاهات الحديثة في قانون العفو العام** ، ط2 (دار الخلود ، بيروت : 1992 م)، ص:75 ، و ينظر : المؤلف نفسه ، **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية** ، ط1 (منشورات الحلبي الحقوقية : 2008) ، ص:67 .

و طبقا للمادة 77 من دستور 28 نوفمبر 1996 م الجزائري التي نصت على أن رئيس الجمهورية له حق إصدار العفو ، و حق تخفيض العقوبات و استبدالها ، و عرف العفو على أنه منحة تعفي تنفيذ العقوبة [1].

و عرفه البعض على أنه : « سلطة تقليدية لرئيس الدولة ، يحق له بموجبه أن يصدر عفوا عن أي مجرم بعد أن ثبتت إدانته نهائيا بإسقاط العقوبة كلها أو بعضها »[2] .

و من خلال هذه التعاريف يتضح لنا خصائص العفو عن العقوبة في القانون الوضعي :

أ- فإنه ذو طبيعة شخصية ، باعتبار أنه جزاء فردي ينال الشخص ذاته .

ب- قد يأتي على العقوبة كلها و يؤثر عليها بالإسقاط كلية ، و قد يأتي على جزء منها ، أو يمكن أن يكون باستبدال عقوبة أخرى أخف منها .

ج- العفو في القانون الوضعي هو من اختصاص رئيس الدولة .

الفرع الثاني

السند التاريخي للعفو

تقوم فلسفة العفو عن العقوبة في القانون الوضعي على الأدوار التاريخية التي مر بها العفو حتى اكتملت له الصورة الفنية في العصر الحديث ، و قد قسمها فقهاء القانون إلى ثلاثة أدوار .

---

[1] – ينظر : بن شيخ لحسين ، **مبادئ القانون الجزائي العام** ، ص: 216 .

[2] – عبد الله سليمان سليمان ، **النظرية العامة للتدابير الاحترازية** ،(المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر : 1990 م)، ص: 381 .

– **الدور الأول ، في عهد الحكم الروماني** : فكان حق العفو للأباطرة دون غيرهم ، و دون مشاركة أية هيئة ، فكان العفو في هذه الفترة خاص لفئة معينة ذات قوة و سلطان[1].

– **الدور الثاني ، في عهد الإقطاع الأوربي** : و كان الشراح و فقهاء القانون يستندون على القانون الروماني الذي كان يعمل به حتى إلى فترة طويلة ، و قد حصروا حق العفو عن العقوبة بيد الملك وحده ، و ذلك بعدما كان الأمراء الأوربيين يمارسونه بحسب المقاطعات[2] .

و اعتبر في هذه الفترة أن الملك مصدر العدالة و الممثل للإله في الأرض ، ثم أسندت له بصورة نهائية السلطة الكاملة و الاستبدادية لنظام العفو عن العقوبة [3]، و كان الملك في العادة يستعمل هذا الحق لبعض الأبطال من الفرسان لغرض تهدئة المظاهرات و حتى تستقر الأمور ، و أحيانا كان يستعمل هذا الحق لتصحيح خطأ قضائي [4].

– **الدور الثالث ، في عهد الثورة الفرنسية** : و كان من آثار هذه الثورة ، إزالة نظام العفو عن العقوبة ، لما ترتب عليه من مساوئ باسم العفو ، و قد سقط بسقوط السلطة المطلقة

---

[1] – ينظر : فريد الزغبي ، **الموسوعة الجزائية اللبنانية الحديثة** ، ط1(الناشر المؤلف ، بيروت : 1985)، ص:71

[2] – ينظر : محمود إسماعيل ، **شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات** ، ط2 (دار الفكر العربي ، مصر : 1959م) ص: 795 .

[3] – ينظر : السيد صبري ، **حق العفو** (مجلة القانون و الاقتصاد ، القاهرة : السنة التاسعة ، تشرين الثاني : 1939م) ، ع 6 ، ص: 662 .

[4] – ينظر : عبد الوهاب حميد ، **المفصل في شرح قانون العقوبات** (دمشق الجديدة : 1990) ، ص: 1407 ، و ينظر: رباح ، **الاتجاهات الحديثة في قانون العفو العام** ، ص: 41 .

للملك ، غير أن ذلك كان له مخاطر استكشفت في السنة العاشرة للثورة ، والذي اشتهر بالإصلاحات القضائية ، منها نظام العفو عن العقوبة في يد الحاكم ، فتبعتها جميع البلدان الأوربية حتى يومنا هذا [1].

الفرع الثالث

طبيعة العفو في القانون

و هو من بين الإشكالات التي وقع فقهاء القانون فيها ، و ذلك من حيث بيان : هل العفو من اختصاص السلطة التنفيذية أم هو طبيعة إدارية ؟

فقد ذهب الأستاذان **بارتلمي** و **جيز** بالقول أن العفو عن العقوبة يتشابه بالاختصاصات التنفيذية لرئيس الدولة ، و وفقا لهذا الرأي فإن حق العقوبة من اختصاص دستوري ممنوح للسلطة التنفيذية ، إلا أنها مقيدة بمبدأ الشرعية العقابية ، فلا
فلا توقع عقوبة دون نص قانوني[2] .

فالسلطة التنفيذية هي التي تملك حق إقامة الدعوى الجزائية ، و التي من غرضها السماح للحكومة بإثبات حقها في العقاب ، و متى امتنعت الحكومة عن توقيع العقاب ، فإن هذا لا يفهم على أنه تعد على السلطة القضائية ، فهي كالدائن الذي بيده حكم ضد مدينه ، و لكن لأسباب إنسانية يمتنع عن توقيع الحجز عن مدينه[3] .

---

[1] – ينظر : داود سليمان العيسى ، **التكييف القانوني لقرار العفو الخاص و إجراءاته التحضيرية و مدى خضوعها لرقابة القضاء** (مجلة الحقوق و الشريعة ، العدد الثالث ، الكويت : السنة الخامسة 1981 م)، ص: 235 .

[2] – ينظر : السيد صبري ، **حق العفو** ، مجلة القانون و الاقتصاد ، ص: 663 .

[3] – ينظر : حسن الحسن ، **الأنظمة السياسية و الدستورية في لبنان و سائر البلدان العربية** ، ط3 (دار بيروت ، بيروت : 1981 م) ، ص: 147 .

و ذهب العميد **دوجي ليون** – وهو من كبار فقهاء القانون الوضعي – إلى أن العفو عن العقوبة ذو طبيعة إدارية أكثر منه طبيعة قضائية ، لأن العفو من حيث الموضوع عمل إداري ، بدليل أن الحاكم لا يتدخل عند إصدار العفو عن مسألة قانونية ، و إنما تدخله مبني على مراعاة لأسباب و ظروف حتمت تعديل حكم قانوني ، و بهذا يكون عمل الرئيس عملا إداريا بحتا[1].

و استقر الأمر على أن العفو إنما هو عمل من أعمال السيادة ، فلا يخضع لرقابة القضاء ، باعتبار أن أعمال السيادة هي من أعمال السلطة التنفيذية التي لا تخضع لرقابة القضاء ، و ذلك من حيث إلغاء العقوبة أو وقف تنفيذها[2].

الفرع الرابع

مجال العفو عن العقوبة

يرى القانون الوضعي أن مجال العفو عن العقوبة يشمل جميع العقوبات الأصلية ، سواء كانت هذه العقوبات عقوبات بدنية أو مالية أو مانعة للحرية أو مقيدة لها ، و لا يشمل العقوبات الفرعية أو الإضافية و التدابير الاحترازية إلا بموجب نص صريح [3].

و شمل كذلك جميع المحكوم عليهم ، فلا فرق بين مبتدئين و مكررين و معتادي إجرام ، و لا فرق بين وطنيين و أجانب ، حتى أنه يجوز أن يكون المعفو عنه شخص

---

(1) – ينظر : عبد الله مرسي ، **سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية و الشرائع الوضعية** (المكتب المصري الحديث ، الإسكندرية : ب.ت) ، ص: 279 .

(2) – ينظر : العيسى ، **التكييف القانوني لقرار العفو الخاص** ، مجلة الحقوق و الشريعة ، ص: 242 ، و ينظر : محمد كامل ، **الرقابة على أعمال الإدارة** ، (دار النهضة العربية ، بيروت : 1968 م) ، ص: 669 .

(3) – ينظر : محمد الفاضل ، **المبادئ العامة في قانون العقوبات** ، ص: 699 .

معنوي[1] . و قد تقدم على أن العفو عن العقوبة ذو طبيعة شخصية ، بمعنى : أن يكون قاصرا على من صدر لصالحه فقط ، دون المساهمين معه في الجريمة ، سواء كانوا أصليين أم كانوا شركاء[2].

المطلب الثاني

العفو في الشريعة الإسلامية

يتميز العفو في الشريعة الإسلامية بميزة يختلف عنها في النظم الوضعية ، و سيتضح ذلك بشيء من التفصيل في الأبواب اللاحقة ، و لذلك كان من اللازم ذكر مفهومه و ذكر بعض أحكامه التي ذكرت في عقوبة القصاص بشيء من التفصيل في كتب الفقه الإسلامي .

الفرع الأول

مفهوم العفو في الشريعة الإسلامية

يأتي العفو في المعنى اللغوي بمعنى : **ترك العقوبة** ، و قد ذكر هذا المعنى عند جميع أهل اللغة[3] .

و يأتي بمعنى **الكثرة** مثل قوله ﷻ : ﴿ ثُمَّ بَدَّلْنَا مَكَانَ ٱلسَّيِّئَةِ ٱلْحَسَنَةَ حَتَّىٰ عَفَواْ ﴾

---

[1] – ينظر : سمير عالية ، **أصول قانون العقوبات** (**القسم العام**) ، ط2(المؤسسة الجامعية ، بيروت : 1994) ، ص: 470
و ينظر : غسان رباح ، **نظرية العفو في التشريعات العربية** ، ط1(منشورات عويدات ، بيروت : 1985م) ، ص: 92

[2] – عمر رمضان السعيد ، **مبادئ الإجراءات الحديثة** ، (دار النهضة ، مصر العربية : 1967م)، ص:144 .

[3] – ينظر : ابن منظور ، **لسان العرب** ، ط1 ، ج15 ص: 72 ، و ينظر : الفيروزبادي ، **القاموس المحيط** ، ط2 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 2007 م) ، ص: 131 ، و ينظر : ابن زكريا ، **معجم مقاييس اللغة** ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون (دار الجيل ، بيروت : 1999 م) ، ج4 ص: 56 .

(الأعراف : 95) بمعنى كثروا [1].

و يأتي بمعنى **الصفح** أي ترك المؤاخذة ، إلا أنه أبلغ من العفو ، و لذلك قال ﷻ :

﴿ فَٱعۡفُواْ وَٱصۡفَحُواْ حَتَّىٰ يَأۡتِيَ ٱللَّهُ بِأَمۡرِهِۦٓۗ ﴾ (البقرة : 109) ، فقد يعفو الإنسان و لا يصفح [2]. و يأتي بمعنى **المحو و الطمس** ، مثل قول لبيد: عفت الديار[3].

والملاحظ من خلال تتبع أقوال الفقهاء في المسألة التي تتعلق بالعقوبات و التي تتعلق بالعقوبات التي يجوز فيها العفو أنهم قصدوا من العفو ترك العقوبة ، و هو المعنى اللغوي نفسه الذي اتفق عليه أهل اللغة .

و يأتي من جملة الألفاظ الفقهية و المعاني التي يدخلها معنى العفو أو هي في رتبة العفو ما يلي :

أ- **لفظ الإسقاط** ، فيقول الفقهاء : أسقط العبد حقه بالعفو ، إلا أن العفو أعم من الإسقاط لتعدد استعمالاته[4] .

ب- **لفظ الصلح** ، كقول الفقهاء الصلح على مال في عقوبة القصاص ، يقصدون

---

[1] – ينظر : القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ط1 (مكتبة الصفا ، القاهرة : 2005 م) ، 7ج ص: 184 .

[2] – المناوي ، **التوقيف على مهمات التعاريف** ، ط1(دار الفكر المعاصر ، دمشق : 1410 هـ)، ص:457

[3] – ينظر : ابن منظور ، لسان العرب ، ج2 ص:249 و مطلع هذا البيت :

عفت الديار محلها فمقامها   بمنى تأبد غولها فرجامها

[4] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ج5 ص:172 ، و ينظر : ابن قدامة المقدسي ، **المغني** ، ط1 (دار الفكر ، بيروت : 1405هـ)، ج5 ص: 495 ، و ينظر : البهوتي ، **شرح منتهى الإرادات** (عا لم الكتب ، بيروت : 1996م) ، ج3 ص: 278 .

بذلك العفو على مال ، إلا أن الصلح أعم من العفو[1] .

ج- **المعنى الفقهي للقاعدة** : **درء الحدود بالشبهات** ، و ذلك باعتبار أن الشبهة ترك للعقوبة ، و قد استثمرت من جهة الأخذ بباب الأولى و الاحتياط .

د- و **يدخل في حكم العفو** ، **الخطأ و النسيان و الإكراه و الرخص** ، باعتبار أن هؤلاء تسقط في حقهم المؤاخذة .

هـ- و الترجيح بين الدليلين عند تعارضهما و لم يمكن الجمع ، فإذا ترجح أحد الدليلين كان مقتضى المرجوح في حكم العفو[2] .

و- و يأتي في معنى **الإباحة** على قول علماء الأصول ، لأن العفو الذي رفعت فيه المؤاخذة مساويا للإباحة ، أو فيما لا حكم له في الشرع ، لقوله عز وجل : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَسۡـَٔلُواْ عَنۡ أَشۡيَآءَ إِن تُبۡدَ لَكُمۡ تَسُؤۡكُمۡ وَإِن تَسۡـَٔلُواْ عَنۡهَا حِينَ يُنَزَّلُ ٱلۡقُرۡءَانُ تُبۡدَ لَكُمۡ عَفَا ٱللَّهُ عَنۡهَاۗ وَٱللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٞ ﴾ (المائدة : 101) ، فما عفا الله عنه لم يكلفنا به فعلا أو تركا ، و لم يترتب عليه مثوبة و لا عقابا ، و بهذا هو مساو للمباح[3] .

فإذا تقرر ما سبق ، فإن العفو في العقوبات عامة يطلق من جهتين :

- **إحداها** : من جهة الاستحقاق ، فقد يكون العفو حقا مقرر شرعا ، كحق العبد في

---

[1] – ينظر : القرافي ، **الذخيرة** ، تحقيق : محمد حجي (دار الغرب ، بيروت : 1994 م)، ج5 ص: 336-338 ، و ينظر : المرداوي ، **الإنصاف** ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : ب.ت)، ج5 ص: 184 .

[2] – ينظر : الشاطبي ، **الموافقات** ، ج1 ص:118 .

[3] – ينظر : المصدر نفسه ، ج1 ص: 116-117 .

عقوبة القصاص ، فإن الشارع الحكيم أعطى للعبد حق العفو مقابل الاستيفاء .

- **ثانيها** : من جهة ما يدخل تحت باب الإحسان و الفضل و الأخذ بالأصلح ، و من باب الأولى أو ترجيح أحد الدليلين ، أو عند وجود الشبهة ، أو ترجيحا لمعنى الستر والتوبة .

الفرع الثاني

من أحكام العفو باعتباره حقا

الأصل في الشريعة الإسلامية أن المجني عليه ليس له الحق في العفو عن العقوبة ، و ذلك بحسب النظر العام إلى النظام العقابي عامة ، باعتبار أن هذا الحق إنما أعطي له استثناء في جرائم القصاص دون باقي جرائم الحدود ، و على هذا الأساس اعتبر العفو حقا في عقوبة القصاص بطريق الشرع .

و **حكمة ذلك** : أن جرائم القصاص تمس شخص المجني عليه أكثر مما تمس الحقوق العامة للجماعة .

و قد فصل فيه الفقهاء تفصيلا مطولا تتضح من خلاله أحكام العفو منها :

1- الذي عليه الاتفاق بين الفقهاء ، أنه حتى يكون العفو صحيحا يشترط فيه ما يلي:

أ- أن يكون العافي بالغا ، فلا يصح عفو الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز ، والسبب في ذلك : أن العفو يعتبر من التصرفات المضرة ، فلا يملكانه[1].

---

[1] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص: 292 ، و ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، تحقيق : زكريا عميرات (دار عالم الكتب : 2003 م)، ج8 ص: 292 ، و ينظر :ابن زكريا الأنصاري ، **أسنى المطالب شرح روضة الطالب** (دار الكتاب الإسلامي : ب.ت)، ج9 ص: 242 ، و ينظر : ابن قدامة المقدسي ، **المغني** ، ج9 ص: 459 .

ب- أن يكون عاقلا فلا يصح عفو زائل العقل كالمجنون لعلة اختفاء الأهلية [1].

ج- أن يكون العافي مختارا من غير إكراه[2] .

د- أن يكون صاحب حق ، باعتبار أن العفو إسقاط حق ، و لا يملك إسقاط الحق إلا من هو مستحق له ، و لذلك لم يعتبر عفو الأب أو الجد[3] .

2- و الذي عليه الاتفاق بين الفقهاء ، أنه إذا كان مستحق القصاص اثنان فأكثر ،

فعفا أحدهما سقط القصاص عن القاتل ، و تعليل ذلك : أنه سقط نصيب العافي بالعفو فيسقط نصيب الآخر ضرورة ، و وجه الضرورة في ذلك : أن القصاص لا يتجزأ ، وينقلب نصيب الآخر مالا بإجماع الصحابة الكرام – رضي الله عنهم - [4].

3- و الذي عليه الاتفاق ، أن المقتول عمدا إذا عفا قبل أن يموت ، اعتبر عفوه مسقطا للقصاص[5] .

4- و الذي عليه الاتفاق ، أنه إذا قال المجني عليه للجاني : عفوت عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الضربة ، أو قال عفوت عن الجناية ، فإن برئ من ذلك صح عفوه، و تعليل

---

[1] – ينظر : المصادر السابقة نفسها و الصفحات نفسها .

[2] – ينظر : المصادر السابقة نفسها و الصفحات نفسها .

[3] – ينظر : الكاساني ، **البدائع** ، ج6 ص: 292 .

[4] – ينظر : النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، ج2 ص: 185 ، و ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص : 294 ، و ينظر : البهوتي ، **كشف القناع** ، ج5 ص: 535 ، و ينظر ، ابن قدامة ، **المغني** ، ج9 ص: 464 .

[5] – ينظر : المصادر نفسها ، و ينظر : ابن الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ط3 (دار المعرفة ، بيروت : 2007م) ، ج4 ص: 50 .

ذلك : أن العفو قد وقع عن ثابت و هي الجراحة أو موجبها و هو الإرش(الدية) ، فيصح العفو لا قصاص و لا دية ، كما لو أذن في إتلاف ماله فلا ضمان بإتلافه[1] .

فإن لم يبرء ، ففي ذلك تفصيل بحسب كل مذهب :

فقال فقهاء الحنفية بعدم صحة العفو و فيه القصاص بخلاف ما ذهب إليه الصاحبان[2].

و ذهب فقهاء المالكية على أن أولياء الدم لهم المطالبة بالقصاص ، إلا أن يقول : عفوت عن الجراحات و عما تؤول إليه ، و إن كان في المسألة تفصيل مطول[3] .

أما فقهاء الشافعية فقالوا : لو قطع عضو شخص فعفا عن موجب الجناية قودا أو إرشا فلا قصاص في النفس[4] .

و ذهب فقهاء الحنابلة إلى صحة العفو سواء كان بلفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غير ذلك ، لأنه إسقاط حق فصح بكل لفظ يؤدي معناه[5] .

5- مسألة عفو المجني عليه عن جناية الخطأ : فالذي عليه الاتفاق أنه إذا كانت الجناية خطأ و عفا المجني عليه ، فإذا برئ صح عفوه ، و لا شيء على الجاني ، ولا يعتبر في المسألة لفظ العفو ، فبأي لفظ كان أجزأ .

أما إذا سرت الجناية إلى النفس ففيه تفصيل عند الفقهاء .

---

(1) – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص: 296 ، و ينظر : عليش ، **منح الجليل شرح مختصر خليل** ، (دار الفكر ، بيروت : 1989 م) ، ج6 ص: 165 ، و ينظر : البهوتي ، **كشف القناع**، ج5 ص: 545

(2) – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص: 296 .

(3) – لتفصيل المسألة ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج8 ص: 330 .

(4) – ينظر : ابن زكريا ، **أسنى المطالب**، ج4 ص: 44 .

(5) – ينظر : البهوتي ، **كشف القناع** ، ج5 ص: 546 .

فعند فقهاء الحنفية إذا كان العفو بلفظ الجناية أو الجراحة و ما يحدث عنها صح عفوه فإذا كان بلفظ الجراحة و لم يذكر ما يحدث عنها لم يصح العفو ، و الدية على العاقلة بخلاف ما ذهب إليه أبو يوسف و محمد الشيباني[1].

و ذهب فقهاء المالكية إلى جوازه ، و يكون منه وصية بالدية للعاقلة فتكون في ثلث ماله[2] .

6- **مسألة العفو على مال** ، ففيها تفصيل :

1- فإن كانت الجناية عمدا ، فالذي عليه الفقهاء من غير الشافعية أن الصلح على مال في القتل العمد جائز ، و ذلك باعتبار أن القصاص حق للولي ، و لصاحب الحق التصرف في حقه استيفاء و إسقاطا إن كان من أهل الإسقاط و المحل كاملا للسقوط .

ثم إن المقصود من القصاص حصول الحياة ، و الظاهر عند أخذ المال عن صلح وتراض تسكين للفتنة ، فلا يقصد القاتل قتله[3] .

2- و إن كانت الجناية خطأ ، فقد ذهب الفقهاء إلى أنه لا يجوز الصلح من الدية على أكثر مما تجب فيه الدية ، لأن المانع من الجواز تمكن الربا[4] .

---

[1] – ينظر : الكاساني ، **البدائع** ، ج6 ص: 80 .

[2] – ينظر : النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، ج2 ص: 185 .

[3] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص: 298 ، و ينظر : أحمد الدردير ، **الشرح الصغير** ، (وزارةالشؤون الدينية ، الجزائر : 1992 م)، ج4 ص: 74 ، و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج9 ص: 478 .

[4] – ينظر : المصادر السابقة نفسها و الصفحات نفسها .

الفصل الثاني

مشكلة العقوبة و العفو
في القانون الوضعي
و خصوصية الشريعة الإسلامية



و يتضمن المباحث التالية :

- **المبحث الأول** : تفريد العقاب في القانون الوضعي.
- **المبحث الثاني** : مشاكل العقوبة في القانون الوضعي.
- **المبحث الثالث** : انتقادات فقهاء القانون للعفو عن العقوبة و تمييزه عن باقي الأنظمة المشابهة له.
- **المبحث الرابع** : خصوصية الشريعة الإسلامية في العقوبة و العفو.

المبحث الأول

تفريد العقاب في القانون الوضعي

ركز فقهاء القانون اهتمامهم حول الجاني من خلال رسم سياسة عقابية تقوم على ترشيد العقوبة بحيث تجعلها ملائمة مع حالة كل مجرم و ظروفه الخاصة ، و إن كان هذا من الإفرازات التي أفرزتها مشكلة العقوبة و التدابير الاحترازية ، باعتبار أن المشكلة الأساسية فيهما هي عند إنزالهما و تطبيقهما على الجاني .

و اعتبار ظروف و أحوال الجاني ، تقتضي معرفة مواضع تشديد و تخفيف العقوبة ، ومواضع انقضائها ، و مواطن الإعفاء ، و هذا ما يسمى بتفريد العقاب .

المطلب الأول

أسباب تخفيف العقوبة و تشديدها

تعتبر مراعاة هذه الأسباب من أهم مظاهر تفريد العقاب بالنسبة للقانون الوضعي ، لأنها تتلاءم مع حالة كل مجرم و ظروفه الخاصة التي دفعته إلى ارتكاب الجرم ، و هو المنحى العام التي تسير عليه السياسة العقابية الوضعية .

الفرع الأول

أسباب التخفيف

قد يترك القاضي التشديد بحسب السلطة المخولة له ، و ذلك بأن يحكم على الجاني بالحد الأدنى للعقوبة المقررة في النص الجنائي في الجنايات و الجنح لتوفر أسباب استدعت

التخفيف و تعتبر من الأعذار القانونية الواردة في القانون[1] .

و قد يكون هذا التخفيف وجوبيا يتقيد القاضي بإجراءاته ، و قد يكون التخفيف جوازيا متروكا للسلطة التقديرية للقاضي[2] .

1- فأسباب **التخفيف الوجوبي** معناها : التزام القاضي بالنزول عن الحد الأدنى للعقوبة المنصوص عليها قانونا ، و ذلك لوجود أعذار قانونية تستدعي هذا التخفيف[3] .

و من مظاهر التخفيف الوجوبي ، عذر حداثة السن للمتهم من 13 إلى قبل تمام 18 عاما ، فإن كانت العقوبة هي الإعدام أو السجن المؤبد ، فإنه يحكم على الجاني في هذه الحالة من عمره بعقوبة عشر سنوات إلى عشرين سنة ، و إذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس فإنه يحكم عليه بالحبس تساوي نصف المدة ، و في مواد المخالفات فيحكم عليه بالتوبيخ إما بالعقوبة أو الغرامة[4] .

كذلك عذر قتل أحد الزوجين للآخر متلبسا بالزنا ، حيث تخفف العقوبة على النحو الآتي :

أ- الحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا تعلق الأمر بجناية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد .

ب- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين إذا تعلق الأمر بأي جناية أخرى .

---

[1] – ينظر : سليمان عبد المنعم ، **النظرية العامة لقانون العقوبات** ، ص: 727 .

[2] – المرجع نفسه ، ص: 728 .

[3] – المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

[4] – ينظر : إبراهيم الشباسي ، **الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري** ، ص: 206 .

ج- الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر إذا تعلق الأمر بجنحة ، و هذا وفقا للمادة 283 من قانون العقوبات الجزائري .

و لا بد التنبيه إلى أمر مهم و هو : أن الأعذار القانونية المخففة تختلف عن الأعذار القانونية المعفية ، باعتبار أنها تخفف العقوبة فقط ، أما الأعذار المعفية فهي أسباب تعفي الجاني كلية من العقاب ، و يطلق عليها أحيانا موانع العقاب[1] .

2- و أما أسباب **التخفيف الجوازي** ، فإنه يقصد بها تخويل القاضي سلطة تقديرية في تخفيف العقوبة المحكوم بها بناء على ما يراه من ظروف و أحوال المجرم و ماضيه و باعثه في ارتكاب الجريمة[2] .

و من ذلك ، كأن يكون الجاني قد ارتكب الجريمة لأول مرة و لم يسبق له ارتكاب جرائم أخرى من قبل ، أو لمرضه أو لحسن سلوكه أو لتوبته و اعترافه أو لظروفه الاجتماعية .

الفرع الثاني

أسباب التشديد

ثمة ظروف موضوعية و أخرى شخصية تستدعي تشديد العقوبة على الجاني ، و يقصد بالتشديد أن يحكم القاضي بعقوبة تزيد في مقدارها الحد الأقصى المنصوص عليه قانونا[3].

1- و أساب **التشديد الموضوعية** هي : الظروف التي تقترن بالفعل الجرمي ذاته ، و من تطبيقاتها : وجود ظرف التسلق أو الكسر في جريمة السرقة أو ظروف الليل في السرقة أو

---

[1] - ينظر : سليمان عبد المنعم ، **النظرية العامة لقانون العقوبات** ، ص: 756 .

[2] - المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

[3] - المرجع نفسه ، ص: 760 .

زمن الحرب ، و يمكن أن يكون سبب جسامة النتيجة التي أفضت إليها ، كحدوث عاهة أو عجز ، كالأثر المترتب نتيجة الضرب الشديد أو الجرح [1].

2- و أما أسباب **التشديد الشخصية** فهي أسباب ترتبط بالشخص ذاته ، و من تطبيقاتها : ظرف العود في الجريمة و قد نصت المادة 54 من قانون العقوبات الجزائري على أن كل من حكم عليه بحكم نهائي بعقوبة لجناية و ارتكب جناية ثانية معاقبا عليها بعقوبة أصلية هي السجن المؤبد ، فيجوز الحكم عليه بالإعدام إذا كانت الجناية الثانية قد أدت إلى موت الإنسان ، و إذا كانت الجناية الثانية معاقب عليها بالسجن المؤقت ، فإنه يجوز رفع العقوبة إلى السجن المؤبد ، و تعتبر الصورة الأولى للعود في التشريع الجزائري في الجنايات دون المخالفات و الجنح .

و قد حظي المتهم العائد بعناية خاصة في علمي الإجرام و العقاب ، و ذلك لأن هذه الحالة تمثل في نظر فقهاء القانون مظهر من مظاهر فشل العقوبة[2] ، و قد عالج المشرع الجزائري أحكام العود بنصوص صريحة في المواد 54-60 من قانون العقوبات سواء في الجنايات أو الجنح أو المخالفات ، ذكرنا منها جزءا في الصورة الأولى سابقا .

كذلك من أسباب **التشديد الشخصية** ، سبب الباعث إلى الجريمة كالدافع الدنيء أو بدافع الكسب أو بسبب صفة معينة في الجاني كصفة الخادم في جريمة السرقة و صفة الطبيب في جريمة الإجهاض[3] .

---

[1] – المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

[2] – ينظر : مأمون سلامة ، **قانون العقوبات – القسم العام –** ط3 (دار الفكر العربي ، بيروت : 1976) ، ص: 497 .

[3] – ينظر : سليمان عبد المنعم ، **النظرية العامة لقانون العقوبات** ، ص: 761 .

المطلب الثاني

نظام انقضاء العقوبة

تختلف الأسباب التي تنقضي بها العقوبات من حيث طبيعتها و من حيث نطاق الاستفادة منها ، فقد تنقضي بوفاة المحكوم عليه ، أو بمرور الزمن أو بالعفو الخاص ، وبالإضافة إلى هذه الأسباب ، هناك أسباب أخرى كأن يصدر الحكم بالإدانة و لكن رغم ذلك يأمر القاضي بوقف التنفيذ معلقا الوقف على شرط معين ، و هو ما يعرف بنظام وقف تنفيذ العقوبة ، و سيكون التركيز على الأسباب التي تخدم الموضوع .

الفرع الأول

وقف تنفيذ العقوبة

يطبق هذا النظام في حالة الجاني الذي يرجى صلاحه ، و هو من الأنظمة التي تدين فيها الشرائع العقابية بالفضل للمدرسة الوضعية الإيطالية ، و التي اقترحت وقف تنفيذ العقوبة بالنسبة لأقل الجناة خطرا على المجتمع ، و هم الذين يسميهم القانون بمجرمي الصدفة[1] .

و إنما كان هذا النظام من أجل تفادي الكثير من حالات العود إلى الجريمة ، و قد يكون تنفيذ العقوبة سببا لإفسادهم لا لتقويمهم ، و قد يكونو في المستقبل بحسب التدرج مجرمين بالعادة ، بسبب اختلاطهم في السجون بغيرهم من الجناة بالفطرة[2] .

و قد أخذ المشرع الجزائري بهذا النظام عندما أصدر قانون الإجراءات الجنائية في 1966م ، و ذلك في المادة 592 من هذا القانون و مضمونها : « يجوز للمجالس القضائية في حالة

---

[1] — ينظر : إبراهيم الشباسي ، **الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري** ، ص: 211 ، و ينظر : أحمد فتحي بهنسي ، **نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة** ، ط5 (دار الشروق ، بيروت : 1988 م) ، ص : 164 .

[2] — ينظر : ابن شيخ ، **مبادئ القانون الجزائي العام** ، ص: 206 .

الحكم بالحبس أو الغرامة إذا لم يكون المحكوم عليه قد سبق الحكم عليه بالحبس لجناية أو جنحة من جرائم القانون العام ، أن تأمر في حكمها بقرار مسبب بإيقاف تنفيذ العقوبة الأصلية » .

و طبقا لهذه المادة ، فإن لوقف تنفيذ العقوبة شروطا هي :

أ- أن تكون الجريمة المرتكبة مخالفة أو جنحة أو جناية معاقب عليها بالحبس ، و ذلك طبقا للأعذار أو الظروف المخففة فيما يخص الجنايات .

ب- أن يكون الحكم الذي سوف يصدر هو الحبس أو الغرامة .

ج- أن لا يكون قد سبق الحكم بالإدانة على المتهم بالحبس لجناية أو جنحة من القانون العام .

د- يشترط ألا يكون هناك نص يمنع وقف تنفيذ العقوبة في القانون المنطوق على الواقعة[1].

مع الإشارة أنه لا يسري هذا النظام في عقوبات الجنايات و هي الإعدام و السجن المؤبد و السجن المؤقت ، كذلك لا يجوز وقف تنفيذ التعويضات المدنية و لا العقوبة التي تتضمن معنى التعويض للخزانة العامة[2] .

الفرع الثاني

تقادم العقوبة

يستفاد من هذا النظام الجانحون الذين هربوا من العقوبة بعد إدانتهم ، فلهم انقضاء حق فرض تنفيذ العقوبة ، مثل : الفارين من السجن أو المحكوم عليهم الذين لم تنفذ النيابة

---

(1) – ينظر : المراجع السابقة نفسها و الصفحات نفسها .

(2) – ينظر : ابن شيخ ، **مبادئ القانون الجزائي العام** ، ص: 214 ، و ينظر : إبراهيم الشباسي ، **الوجيز في شرح قانون القوبات الجزائري** ، ص: 217 .

العامة العقوبة عليهم .

و الحكمة من ذلك : عدم توافر المصلحة في العقاب بعد أن مضت مدة على ارتكاب الجريمة ، كما أنه من الصعب إثباتها[1] ، ثم إن مرور مدة معينة على وقوع الجريمة أو العقوبة من شأنه أن ينسي الجماعة الجريمة أو العقوبة ، فينعدم بهذا أثر العقوبة باعتبارها رد فعل اجتماعي ، و من شأن من مضي مدة معينة أن يوهن الأدلة و قد يبددها ، فقد يزول الأثر المادي للجريمة [2].

و قد انتقد هذا النظام باعتباره فيه ما يشجع بعض المجرمين الذين يتصفون بالحذق والدهاء للإفلات من العقوبة[3] ، و على أن الامتيازات التي بني عليها هذا النظام هي في حقيقتها ما زالت نظرية ، مما جعل المشرع الإنجليزي لا يأخذ بهذا النظام[4] .

و هي تنقضي بمرور عشرين سنة إذا كانت العقوبة جناية ، و خمس سنوات إذا كانت العقوبة جنحة ، و سنتين إذا كانت العقوبة مخالفة ، إلا في مادة الجنح إذا كانت العقوبة تجاوز خمس سنوات ، فإن مدة التقادم تعادل مدة العقوبة المنطوق بها ، و من آثاره أنه لا يمحو الإدانة المنطوق بها[5] .

الفرع الثالث

العفو

يعتبر مبدأ فردية العقاب الأساس الشرعي و العلمي للعفو عن العقوبة في القانون

---

[1] – ينظر : بهنسي ، **نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي** ، ص: 207 .

[2] – ينظر : الصيفي عبد الفتاح ، **حق الدولة في العقاب** (منشورات جامعة بيروت العربية : 1985 م) ، ص: 321 .

[3] – ينظر : ابن شيخ ، **مبادئ القانون الجزائي العام** ، ص: 217 .

[4] – ينظر : بهنسي ، **نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي** ، ص: 207 .

[5] – ينظر : ابن شيخ ، **مبادئ القانون الجزائي العام** ، ص: 208 .

الوضعي [1]، و يدخل من ضمن الأسباب في انقضاء العقوبة و حتى العفو الشامل [2]، وهو – كما أشير سابقا – يصدر عن رئيس الجمهورية طبقا للمادة 77 من دستور 28 نوفمبر 1996 م .

فإذا كان الجاني الذي يشمله قرار العفو يقضي عقوبته داخل مؤسسة عقابية ، فإن العقوبة بالنسبة للمدة الباقية منها دون شرط أو قيد ، بينما إذا لم تنفذ العقوبة و كان حكم الإدانة نهائيا فإن العقوبة تنقضي بالكامل دون قيد أو شرط .

و لا بد الإشارة إلى أثر العفو في هذه الحالة ، فإنه لا يشمل إلا العقوبة ، بينما تبقى الإدانة ، فهو لا يمس إلا العقوبة الأصلية ، و تبقى العقوبات التبعية و التكميلية قائمة إلا إذا جاء مرسوم العفو على خلاف ذلك و بنص صريح [3].

المطلب الثالث

نظام الأعذار المعفية

سبق الذكر أن العفو من أسباب انقضاء العقوبة ، و سيذكر هذا المطلب باعتباره من ضمن نظام الأعذار المعفية من العقوبة ، و هي تختلف عن الأعذار المخففة للعقوبة .

فالأعذار المعفية يستلزم الحكم فيها ببراءة المتهم كلية من العقوبة ، و لهذا سميت في بعض الأحيان بموانع العقوبة[4] ، بخلاف الأعذار المخففة .

و موانع العقاب أو الأعذار المعفية تفترق عن موانع المسؤولية الجنائية و إن كانا شريكين

---

(1) – ينظر : ماهر عبد المجيد عبود ، **العفو عن العقوبة في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي** ، ط1 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 2007 م) ، ص: 212 .

(2) – ينظر : إبراهيم الشباسي ، **الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري** ، ص: 241 .

(3) – ينظر : ابن الشيخ ، **مبادئ القانون الجزائي العام** ، ص: 216–217 .

(4) – ينظر : إبراهيم الشباسي ، **الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري** ، ص: 216 .

في براءة المتهم ، لأن موانع المسؤولية الجنائية لها صلة بإرادة الجاني الإجرامية التي تكون منعدمة كما في حال المجنون ، بينما موانع العقاب لا صلة لها بإرادة الجاني واختياره ، فالجاني في هذه الحالة يتمتع بكامل أهليته لكن المشرع رأى أن يعفى على المتهم من العقوبة لحكمة ما رغم أن فعله يعد جريمة[1] .

و من الأعذار المعفية ما نصت عليه المادة 92 الفقرة 1 من قانون العقوبات الجزائري : «يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جناية أو جنحة ضد الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها » .

كذلك ما نصت عليه المادة 179 من قانون العقوبات الجزائري التي جاء نصها كالتالي : «يستفيد من العذر المعفى وفقا للشروط المقررة في المادة 53 من يقوم من الجناة بالكشف للسلطات عن الاتفاق الذي تم أو عن وجود الجمعية و ذلك قبل الشروع في الجناية ، موضوع الجمعية أو الاتفاق و قبل البدء في التحقيق » .

ما نصت عليه المادة 180 من قانون العقوبات الجزائري و التي تتحدث عن جريمة إخفاء الجناة من وجه العدالة ، تقرر إعفاء من العقوبة المقررة لها بالنسبة لأقارب أو أصهار الجاني لغاية الدرجة الرابعة بشرط أن يقتصر الفعل على إخفاء الجاني فحسب ، دون

اشتراك سابق في الجناية التي ارتكبها .

فالملاحظ أن الأسباب التي جعلت المشرع يأخذ بالأعذار المعفية ، قد تكون مستقلة عن ظروف الجريمة و ليس لها علاقة بينها ، كالسرقة التي تقع بين الزوجين أو بين الفروع و الأصول ، و أحيانا ترتبط بظروف الجريمة كعذر إبلاغ السلطات المقررة في المادة 92 من قانون العقوبات الجزائري .

---

[1] – ينظر : المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

المبحث الثاني

مشاكل العقوبة في القانون الوضعي

يتناول هذا المبحث جملة من الانتقادات التي وجهت إلى النظام العقابي باعتباره أنه لم تتحقق معه الأهداف المرجوة من العقوبة لأصناف من المجرمين ، و كذلك الانتقادات التي وجهت للتدابير الاحترازية من حيث تطبيقاتها العملية على الوقائع .

المطلب الأول

مشاكل تطبيق العقوبة

الفقه الحديث يقر – على اختلاف اتجاهاته – أن العقوبة عاجزة في تقديم الحل الرادع لظاهرة الإجرام ، و لقد بدأ ذلك واضحا بعد أن سادت الأفكار الإصلاحية الداعية إلى ضرورة إعادة النظر في النظام العقابي حماية للمجتمع من الإجرام ، و اعتبار الجزاء وسيلة تقويم و إعادة تأهيل المجرم ، و إن كان هذا في حقيقته يعارض طبيعة العقوبة وفلسفتها[1].

و قد أشار بعض فقهاء القانون[2] إلى مواضع القصور فيها إلى :

1- عدم كفايتها في إصلاح الجاني .

2- عدم فعاليتها في ردع الجاني .

3- قصورها عن التطبيق .

---

(1) – ينظر : عبد الله سليمان سليمان ، **النظرية العامة للتدابير الاحترازية** (المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر : 1990 م) ، ص: 29 .

(2) – ينظر إلى المرجع نفسه و الصفحة نفسها و ما بعدها .

الفرع الأول

عدم كفايتها في إصلاح الجاني

الأمر السائد في الفقه الحديث للقانون الوضعي هو فكرة إصلاح الجاني ، و من الطبيعي أن تكون العقوبة بمفهومها التقليدي عاجزة عن تحقيق هذه الفكرة[1] ، و لذلك آثر بعض فقهاء القانون الجنائي في العصر الحديث اختيار ردود الفعل الاجتماعي بديلا عن العقوبة[2] .

و فكرة الإصلاح تقتضي التوجه و التركيز على شخصية الجاني ، و ذلك لتحديد مواطن الخلل فيه و البحث عن العوامل التي أدت إلى ارتكاب الجريمة ، بعيدا عن فكرة الإيلام الذي هو من خصائص العقوبة ، و هذا يوحي إلى أن العقوبة بالصورة التقليدية المتميزة بالصرامة و الإيلام أصبحت لا تستوعب كافة الأساليب التي يعامل بها المجرمون[3].

و بالرغم من التطور الإصلاحي الذي يشهده النظام العقابي من حيث مفهوم العقوبة وبيان فلسفتها و أماكن تنفيذها ، ما زالت تحتفظ بخصائص معينة ، و هذا ما صعب من تحقيق الجانب الإصلاحي[4] .

و لذلك قال بعض فقهاء القانون أن العقوبة مهما عرفت من تطور ستبقى شرا ، ولا يمكن للشر أن يقدم علاجا[5] .

و حتى القاضي عند تطبيقه للعقوبة ، فإنه سيبتعد عن عناصر الخطورة لدى الجاني ،

---

(1) – ينظر إلى المرجع السابق نفسه ، ص:30 .

(2) – ينظر : نادر محمود سالم ، **السياسة الجنائية المعاصرة و مبادئ الدفاع الاجتماعي من منظور إسلامي** (دار النهضة العربية ، القاهرة : 1995 م) ، ص: 17–18 .

(3) – ينظر :رمسيس بهنام ، **المجرم تكوينا و تقويما** (منشأ المعارف ، الاسكندرية : ب.ت) ، ص: 75 .

(4) – ينظر : عبد الله سليمان ، **النظرية العامة للتدابير الاحترازية** ، ص: 30 .

(5) – المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

والبحث عن وسائل العلاج ، لأنه مشغول في إيجاد تناسب بين جسامة الجريمة و العقوبة الواجب تطبيقها ، و ذلك سعيا وراء تحديد نوع و مقدار هذه العقوبة التي تتناسب مع الجريمة[1] .

الفرع الثاني

عدم فعاليتها في ردع الجاني

في العصر الحديث اتجهت الأنظار إلى ضرورة استبعاد عنصر الإيلام من العقوبة ، وعلى ألا يقصد منها التعذيب ، و أصبح المقصود منها التأهيل ، و معنى ذلك : تدريب المحكوم عليه على عمل مهني أو يدوي يعتمد عليه بعد تنفيذ العقوبة ، و أن يكون اختيار ذلك بما يتناسب مع المحكوم عليه من النواحي الثقافية و الصحية[2] .

و في حقيقة الأمر ، فإن هذه النظرة أدت إلى بروز مشكلة و هي : مشكلة إيجاد وسائل لتنفيذ العقوبة بما يحقق تلك الأغراض السابقة من تأهيل و تدريب ، و هذا بدوره يتطلب تصنيف المجرمين إلى مجموعات متجانسة أو متقاربة ، لإعداد البرامج التأهيلية .

لكن في الأخير و عند القيام بتصنيف المجرمين ، فإن بعض فقهاء القانون يرون أن هناك من الفئات من المجرمين الخطرين عجزت العقوبة عن تحقيق وظيفة الردع فيهم ، حتى ظهرت أنها ليست لها فعالية في مواجهة جرمهم الخطير ، و من هذه الفئات :

1- **المجرمون المعتادون على الإجرام** : يذهب الرأي الغالب في الفقه القانوني إلى ضرورة تشديد العقوبة على المجرم العائد ، و المقصود بالتشديد هو : أن لا يتجاوز الحد الأعلى

---

(1) – المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

(2) – ينظر : اسحق إبراهيم منصور ، **موجز في علم الإجرام و علم العقاب** ، ص: 146 .

للعقوبة المنصوص عليها قانونا ، حتى لا يخرج ذلك عن مبدأ شرعية العقوبة[1] .

في حين ذهب فريق آخر إلى ضرورة تخفيف العقوبة لتتناسب مع الإرادة الضعيفة للجاني ، باعتبار أن العود إلى الإجرام دليل على ضعف إرادته ، و ذلك تماشيا مع مبادئ المدرسة التقليدية الحديثة في المسؤولية الجنائية[2] .

إلا أن كلا الرأيين – بحسب رأي الأستاذ عبد الله سليمان – لم يحل المشكلة في ردع هؤلاء المجرمين ، لأن نفوس هؤلاء اعتادت الإجرام و استمرأته نفوسهم ، و على ذلك فإن العقوبة عاجزة في تحقيق ردع هؤلاء المعتادين على الإجرام ، فكان لا بد من النظر إلى تكوينهم الشخصي و بيئتهم ، فإن العقوبة لا تغني شيئا دون البحث عن الأسباب و علاجها بوسائل غير العقوبة [3].

2- **ذوو المسؤولية المخففة** : إن العقوبة المخففة التي هي واجبة التطبيق في حالة نقص حرية الاختيار لدى الجاني لظروف مخففة اقتضت التخفيف أو وجود إرادة معيبة، أدت إلى زيادة الحكم بالعقوبات القصيرة المدى ، و هذه العقوبة الأخيرة تعتبر من أهم المشاكل العقابية التي دفعت فقهاء القانون إلى التفكير في حلها منذ منتصف القرن التاسع عشر[4].

فبعضهم يقول أن المدة القصيرة لا تحقق فكرة الردع بل لها عواقب سيئة و خاصة إذا علم أن هذه العقوبات القصيرة تنزل بالمجرمين الشواذ ، و هم من أخطر فئات المجرمين ، فهم فئة

---

[1] – ينظر : سليمان عبد المنعم ، **النظرية العامة لقانون العقوبات** ، ص: 760 .

[2] – ينظر : عبد الله سليمان ، **النظرية العامة للتدابير الاحترازية** ، ص: 31 .

[3] – المرجع السابق نفسه ، ص: 32 .

[4] – ينظر : إبراهيم الشباسي ، **الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري** ، القسم العام (دار الكتاب اللبناني ، بيروت : ب.ت) ، ص: 206-207 .

لا يجوز إخضاعها أبدا للعقوبات القصيرة[1] .

و لذلك قال د. اسحق منصور : « لا شك أن عقوبة الحبس قصيرة المدة لا تحقق الردع العام ، بل لا ترضي الشعور العام بالعدالة ، لأن الفترة القصيرة التي يقضيها المحكوم عليه في الحبس قد لا يشعر بها إلا أسرته و أهله و جيرانه ، فلا يحس بها المجتمع ككل ، ولا يتحقق الردع الخاص و خصوصا أن المحكوم عليه يختلط بالمجرمين العتاة ، فيؤدي إلى ارتكاب نفس الجريمة »[2].

3- **المجرمون المدمنون** : و هم المجرمون الذين أدمنوا على شرب الخمر أو المخدرات ، ويرتكبون جرائم بسبب الإدمان ، و يرى الأستاذ عبد الله سليمان أن ظاهرة الإدمان مرض ليس للعقوبة عليها سلطان ، و قد وعت الاتجاهات الفقهية والتشريعات الحديثة هذه الحقيقة ، و باتت تعامل المجرم المدمن على أساس أنه مريض أو عاجز أكثر من كونه مجرما[3].

الفرع الثالث

قصور العقوبة عن التطبيق

يوجد حالات خطيرة لا تستطيع العقوبة أن تتدخل منها :

1- انعدام المسؤولية عند المجرم ، فتطبيقا لمبدأ المسؤولية الأدبية ، يعفى هؤلاء من العقاب كالمجرم المجنون ، و حتى أنها لا تقدم في الجانب الوقائي للسياسة الجنائية شيئا كحالات التسول و التشرد و الإدمان و الاشتباه .

---

[1] — ينظر : اسحق إبراهيم منصور ، **موجز علم الإجرام و علم العقاب** ، ص: 149 .

[2] — المرجع نفسه ، ص: 151 .

[3] — ينظر : عبد الله سليمان ، **النظرية العامة للتدابير الاحترازية** ، ص: 33 .

2- و الملاحظ بأن هذا القصور قد يشمل بعض الجرائم التي هي في نظر القانون ليست بجريمة كاملة ، و إن كان الرأي العام يراها جريمة ، مثل جرائم العرض كالزنا ، و حتى وإن لم يوضع لها تعريفا خاصا ، إلا أن الشراح قد حددوا المسمى اقتباسا من المعنى الذي راعاه المشرع في جريمة الزنا ، و هو : أنه لا عقاب عليه إلا إذا وقع من شخص تربطه علاقة زوجية بشخص آخر[1] .

المطلب الثاني

مشاكل التدابير الاحترازية

تعتبر التدابير الاحترازية الصورة الثانية من صور العقوبة ، إلا أنها تختلف معها من حيث الماهية ، و المقصود : من حيث التاريخ و النشأة و الغرض منها و طبيعتها .

و كما أن العقوبة وجهت لها انتقادات فقهية ، فكذلك التدابير الاحترازية وجدت معها مشاكل عند التطبيق .

الفرع الأول

ماهية التدابير الاحترازية

ظهرت فكرة التدابير الاحترازية بوجه عام في منتصف القرن التاسع عشر في صور إجراءات إدارية مثل : إيداع المجنون إحدى المصحات العقلية بغرض وقاية المجتمع من

[1] – ينظر : نشوة العلواني ، **الاغتصاب – دراسة فقهية مقارنة–** (دار ابن حزم ، بيروت : 2003 م) ، ص: 37 .

شروره المتوقعة ، أو في صورة عقوبات تبعية كالحرمان من بعض الحقوق ، ثم جاءت المدرسة الوضعية لتشريع فكرة التدابير كعلاج لظاهرة الإجرام ، و أدخلها **لوكيني** في نصوص قانون العقوبات الإيطالي في عام 1884 م ، ثم قانون العقوبات السويسري عام 1937 م ، ثم الدنمارك و اليونان و غيرها من الدول الأوربية ، و تبعتها التشريعات الجنائية العربية ، كالتشريع الجزائري و العراقي و السوري[1] .

و الغرض من التدابير الاحترازية هو الردع الخاص ، بمعنى : تأهيل الجاني لمواجهة الخطورة الكامنة في شخصيته ، و لا يهدف إلى تحقيق الردع العام ، أو إرضاء شعور العدالة كما هو الحال في العقوبة [2].

و يختلف نطاق التدابير الاحترازية عن نطاق العقوبة ، فيمكن تطبيقها حتى مع وجود عوارض الأهلية التي تمنع المسؤولية الجنائية كالجنون وصغر السن[3] .

و لا يوجد نص خاص لتعريفها ، و إنما الأمر ترك للاجتهاد الفقهي ، إلا أنه هناك محاولات فقهية عديدة أرادت الوصول إلى صياغة تعريف خاص ، و منها : « أنها جزاء جنائي يستهدف مواجهة الخطورة الإجرامية لدى الأشخاص لدرئها عن المجتمع ، و قيد بعض فقهاء القانون الخطورة الإجرامية بكلمة « الحالة » و ذلك ليدل أن التدابير تواجه خطورة إجرامية من المفروض أنها متحققة و موجودة ، لا خطورة يتوقعها القاضي في المستقبل[4] .

---

[1] – فريد زين الدين بن شيخ ، **علم العقاب – المؤسسات العقابية و محاربة الجريمة في الجزائر –** (منشورات دحلب ، الجزائر : 1998 م) ، ص: 33– 34 .

[2] – ينظر : إسحاق إبراهيم منصور ، **موجز في علم الإجرام و علم العقاب** ، ص: 159 ، و ينظر : عبد الله سليمان ، **النظرية العامة للتدابير الاحترازية** ، ص: 59 و ما بعدها .

[3] – المراجع نفسها و الصفحات نفسها .

[4] – ينظر : عبد الله سليمان ، **النظرية العامة للتدابير الاحترازية** ، ص: 60 .

الفرع الثاني

مشكلة تطبيق التدابير الاحترازية على المجرمين الشواذ

يكمن جوهر المشكلة في التطبيق العملي ، فقد توجد حالات فيها الخطورة الإجرامية وحدها ، فيوقع التدبير وحده ، و قد توجد حالات يتوافر فيها العصيان وحده فتوقع العقوبة ، أما المجرم الشاذ فيتوافر فيه الخطورة و العصيان ، فهو إن صح التعبير نصف مسئول[1] ، فهل يجمع فيه بين التدبير و العقوبة ؟

و قد تنازعت الآراء حول هذه المشكلة – بحسب الأستاذ اسحق إبراهيم منصور – إلى آراء متطرفة و أراء معتدلة :

1- فأما **الآراء المتطرفة** ، فأصحابها يرفضون فكرة الجمع بين التدابير و العقوبة ، فمنهم من اقتصر على العقوبة وحدها ، و تأسيس نظرهم يقوم على : أن المجرم الشاذ قد اتجهت إرادته إلى العصيان ، و لما كانت إرادته ناقصة كان من الواجب تخفيف العقوبة .

و منهم من اقتصر على التدابير وحدها ، و تأسيس نظرهم يقوم على : أنه دلت الوقائع على فشل العقوبة في مكافحة الإجرام وأن التدابير وحده يكفل بعلاج الجاني وأن قياس درجة نقص الإرادة يعسر معرفته ، و تطبيق العقوبة على هذا القياس لا يرضي الشعور بالعدالة الاجتماعية ، بينما تقدير الخطورة ليس أمرا عسيرا[2] .

2- آراء **معتدلة** ، و يقصد بالاعتدال الجمع بين العقوبة و التدبير الاحترازي ، و ذهب من هؤلاء الفريق إلى صياغة **تدبير مختلط** ، يجمع بين إيلام العقوبة و علاج التدبير استنادا إلى اعتبارين :

---

[1] – ينظر : إسحاق إبراهيم منصور ، **موجز علم الإجرام و علم العقاب** ، ص: 168 .

[2] – المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

أ- **الاعتبار الأول** : اعتبار قانوني يقوم على البحث عن إرادة العصيان التي تبرر العقوبة ، و في نفس الوقت البحث عن الخطورة الإجرامية التي تبرر التدابير الاحترازية .

ب- **الاعتبار الثاني** : اعتبار طبي يقوم على أن الجاني الشاذ مريض ، يتطلب علاجه .

و خلاصة هذا الرأي في الجملة ، أن يكون التدبير المختلط غير محدد المدة بصفة نسبية ، ليجمع بين خصائص العقوبة التي تقوم على التحديد ، و بين خصائص التدبير الذي يقوم على عدم التحديد المطلق[1] .

و يرى فقهاء القانون أن هذا التدبير المختلط أو بأدق عبارة « **الجزاء المختلط** » دعت إليه الحاجة و يعد مقبولا حتى يدفع مساوئ الجمع بين العقوبة و التدبير الاحترازي على المجرم نفسه ، فهو جنبه الازدواجية في الجزاء و تعقيداته [2].

---

(1) – المرجع السابق نفسه و الصفحة نفسها .

(2) – ينظر : عبد الله سليمان ، **نظرية التدابير الاحترازية** ، ص: 314 .

المبحث الثالث

من انتقادات فقهاء القانون للعفو عن العقوبة و تميزه عن باقي الأنظمة المشابهة له

يتناول هذا المبحث الانتقادات التي تعرض لها العفو عن العقوبة من طرف فقهاء القانون خاصة من ناحية مشروعيته ، و يبحث كذلك عن الأنظمة الأخرى التي يطلق عليها مسمى العفو إلا أنها تختلف مع العفو عن العقوبة من ناحية السلطة المختصة في إقرار هذا الحق .

المطلب الأول

ما يناهض حق العفو في القانون الوضعي

انطلقت الانتقادات الفقهية للعفو عن العقوبة من خلال مشروعيته التي اكتسبها من حاكم الدولة ، كذلك من حيث قيمته العملية خاصة و قد ظهرت أنظمة أخرى تشابهه يمكن أن تحل محله .

الفرع الأول

من جهة مشروعيته

من الانتقادات التي وجهت لحق العفو عن العقوبة ما يلي :

1- العفو عن العقوبة تدبير غير منسجم مع النظام القانوني الحديث ، فهو في حقيقته

يشكل خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، فبمقتضاه يخول لشخص (رئيس الدولة) ليقوم بهدم و إبطال مفعول لأحكام قد تصدر عن أعلى محاكم الدولة[1] .

2- إن العفو عن العقوبة يمس الصفة اليقينية للعقوبة ، فبدوره يفتح ثغرة ينفذ منها الأمل في عدم الخضوع لها [2].

و ليست هذه الانتقادات خالية من الدحض و ليست حاسمة ، فمن بين ردود ذلك :

3- رئيس الجمهورية لا يستعمل سلطة العفو تحكما ، و إنما يستعملها على أساس من ذات الاعتبارات التي يسترشد بها الشارع و القاضي ، فله حق إصدار العفو بعد

استشارته للمجلس الأعلى للقضاء تطبيقا للمادة 156 من الدستور التي نصت على ما يلي : « يبدي المجلس الأعلى للقضاء رأيا استشاريا مسبقا في ممارسة رئيس الجمهورية حق العفو » ، فالعفو عن العقوبة يصدر حين يقدر رئيس الجمهورية أن مصلحة المجتمع هي في عدم تنفيذ العقوبة ، و يمكن دحض هذه الانتقادات بالقول إن حق العفو لا يمحو الإدانة المنسوبة إلى المتهم من قبل السلطة القضائية [3].

4- ثم إن رئيس الجمهورية لا يعتدي على استقلال القضاء ، إنما يكمل عمله حين يخرج الأمر من حوزته و يصبح من غير استطاعته إصلاح عيب ثبت على نحو

---

[1] – ينظر : داود سليمان العيسى ، **التكييف القانوني لقرار العفو الخاص و إجراءاته التحضيرية و مدى خضوعها لرقابة القضاء الإداري** ، ص: 237 .

[2] – المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

[3] – ينظر : غسان رباح ، **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية** ، ص: 25 ، و ينظر : حومد عبد الوهاب ، **المفصل في شرح قانون العقوبات ، القسم العام** (المطبعة الجديدة ، دمشق : 1990م) ، ص: 1048 ينظر : ابن الشيخ لحسين ، **مبادئ القانون الجزائي العام** ، ص: 216 .

لا جدال فيه[1].

– و العفو الصادر عن رئيس الدولة لا يصدر باعتباره ممثلا للسلطة التنفيذية و لكن باعتباره ممثلا للدولة في مجموعها بكل سلطاتها من بينها السلطة القضائية[2] .

– و العفو عن العقوبة لا يخل بالصفة اليقينية للعقوبة ، لأن هذا العمل استثنائي ، فلا يعول عليه الكثير الغالب أو محتمل الحدوث [3].

لكن هذا لا ينفي احتمال سوء استعمال هذا الحق من طرف رئيس الدولة ، لذلك قال القاضي الدكتور غسان رباح : « و يجب الاعتراف بأن حق العفو يعطي رئيس الدولة سلطة يمكن أن تصبح مساءة الاستعمال إذا ما تدخل العفو كثيرا قبل الموعد الطبيعي لتنفيذ العقوبة ، كل ذلك للحؤول دون إحداث صدمة في أوساط الرأي العام ، الذي كثيرا ما يفضل الإبقاء على تنفيذ العقوبة خوفا من العودة إلى الإجرام ، خاصة إذا لم تتوافر للمفرج عنه فرص عمل »[4].

الفرع الثاني

من حيث القيمة العلمية

و من أشهر الانتقادات التي وجهت للعفو عن العقوبة من حيث قيمته العلمية ، أنه كان في السابق مفيدا عندما لم يكن يوجد بجانبه وسائل أخرى لمعالجة قسوة أو أغلاط

---

[1] –ينظر : العيسى ، **التكييف القانوني لقرار العفو الخاص** ، مجلة الحقوق و الشريعة ، ص: 237 .

[2] – ينظر : المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

[3] – ينظر : حسني ، **شرح قانون العقوبات اللبناني** ، ص: 857 .

[4] – غسان رباح ، **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية** ، ص: 26 .

القضاء الجزائي ، لكن في العصر الحديث وجدت مؤسسات أكثر تكاملا تحل محل القسوة و الأغلاط القضائية ، كالظروف المخففة و وقف تنفيذ العقوبة و العفو العام[1].

و رد على ذلك : بأن هذه المؤسسات الثانوية المتمثلة في الظروف المخففة و وقف التنفيذ و العفو العام قد تخفف من مجال تطبيق حق العفو عن العقوبة ، لكنها لا تنزع منه كل فائدة أو منفعة على أساس :

1- أن الظروف المخففة ليست مطبقة في كل المخالفات ، فليس لها سوى أثر محدود في النطاق الجزائي ، و خاصة أنها لا تتيح الاعتماد على أسباب تخفيف كانت معروفة قبل حكم الإدانة .

2- ووقف التنفيذ ليس له إلا مكان ضيق ، لأنه لا يمكن منحه إلا للجانحين المبتدئين ولبعض الإدانات حصرا ، ثم إنه لا يكافئ إلا السلوك الحسن السابق لحكم الإدانة ، وليس السلوك الحسن اللاحق لهذا الحكم .

3- أما حق العفو العام ، فهو مؤسسة تعمل بشكل أعمى ، و هذه الطريقة تحمل من الخطورة الشديدة ، إلا إذا استعمل المشرع هذا الحق بشكل ضيق و محدود جدا[2] .

و لا زال فقهاء القانون العام يحذرون من أشكال العفو الخاص ، و قد قاموا بحصر محاذيره في ثلاثة :

4- استئثار رئيس الجمهورية بمنحه دون سواه .

---

[1] – ينظر : علي قهوجي ، **مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني** (الدار الجامعية ، بيروت : 1992م) ، ص: 513 ، و ينظر : غسان رباح ، **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية** ، ص: 26 .

[2] –ينظر : غسان رباح ، **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية** ، ص: 26–27 .

5- خشية عودة المعفو عنه إلى الإجرام .

6- خشية وصول المحكوم له إلى حقه في القضايا الجزائية [1].

الفرع الثالث

شروط العفو عن العقوبة

الانتقادات الأخيرة للعفو عن العقوبة حتمت على المشرع وضع شروط لتجنب المحاذير السابقة و منها :

1- أن يكون من الواجب على الجانح تنفيذ العقوبة ، و عليه فإنه يجب أن تكون الإدانة مبرمة ، بمعنى غير قابلة لأي وجه أو طرق من طرق المراجعة ، فطالما لم يصبح الحكم بعد مبرما فبمعنى أن طرق مراجعته ما زالت متاحة أو بمعنى أدق : أن المحكوم عليه إذا لجأ إلى طلب العفو عن حكم ابتدائي صدر بحقه و هو قابل للاستئناف ، فيكون بذلك طلب العفو عن جرم لم ينته النظر به بعد عن السلطة القضائية النهائية[2].

2- أن تكون العقوبة لم تنقض بعد ، فإذا انقضت كلها أو سقطت بمرور الزمن أو ممن انقضت بالنسبة له مدة التجربة في وقف التنفيذ دون أن ينقض الوقف ، فإن طلب العفو بالنسبة للمحكوم عليه ليس فيه مصلحة[3] .

3- لا يجوز العفو عن العقوبة المحكوم بها من محكمة الجنايات في غيبة المتهم ، لأن

---

[1] – ينظر : رزق فؤاد ، **الأحكام الجزائية العامة** ، ص: 329 .

[2] – ينظر : رباح ، **نظرية العفو في التشريعات العرية** ، ط1 (منشورات عويدات ، بيروت : 1985 م) ص: 92-93 .

[3] – ينظر : الفاضل ، **المبادئ العامة في قانون العقوبات** ، ص: 700 .

الحكم الغيابي في جناية يسقط متى حضر المحكوم عليه غيابيا[1] .

4- أن لا يكون قد مر الزمن على العقوبة ، لأن بعد ذلك لا يكون هناك محلا للعفو[2].

5- أن يكون الجانح قد أدين أو حكم عليه بعقوبة ، فالغرامات الضريبية أو النفقات القضائية أو التدابير التأديبية لا يمكن أن ينظر فيها عن طريق العفو[3] .

المطلب الثاني

تميز العفو عن العقوبة عن باقي الأنظمة الأخرى في القانون الوضعي

قد يتشابه العفو عن العقوبة بالعفو العام أو العفو القانوني ، و لذلك كان لزاما بيان أوجه الفرق بينه و بين هذه الأنظمة ، من خلال بيان أوجه الفرق .

الفرع الأول

تميزه عن العفو العام

إن سبب العفو العام هو التهدئة الاجتماعية ، و هو مؤسسة تتيح للمجتمع أن يطوي في النسيان الإجراءات ذات الطابع الجزائي ، و التي لا يرغب أن تبقى في الذاكرة[4] .

و لذلك يصدر العفو العام بعد فترات الاضطراب السياسي[5] .

و يتميز العفو عن العقوبة عن العفو العام بما يلي :

1- العفو عن العقوبة يصدره رئيس الجمهورية ، بينما يصدر العفو العام بموجب قانون عن السلطة التشريعية .

---

(1) – ينظر : علي زكي ، **المبادئ الأساسية للتحقيقات و الإجراءات الجنائية** (دار النهضة ، مصر : 1939م) ،ج4، ص: 665 .

(2) – ينظر : رباح ، **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية** ، ص: 31 .

(3) – ينظر : المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

(4) – ينظر: المرجع نفسه ، ص: 37 .

(5) – ينظر : حسني ، **شرح قانون العقوبات اللبناني** ، ص: 874 .

2- يشترط في العفو عن العقوبة أن يكون الحكم مبرما غير قابل للمراجعة ، بخلاف العفو العام فهو يشمل كافة الجرائم المعنية فيه .

3- العفو عن العقوبة ذو طبيعة شخصية ، فيكون قاصرا على من صدر لصالحه دون غيره من المساهمين معه في الجريمة ، بينما العفو العام ذو طبيعة موضوعية يتعلق بنفس الفعل الجرمي ، لذلك يستفيد ممن العفو العام جميع المساهمين في الجريمة التي صدر عنها عفو عام .

4- العفو عن العقوبة يكتفي بإسقاط العقوبة أو جزء منها أو إبدالها دون أن يؤثر ذلك على الصفة الجرمية للفعل المقترن ، لكن العفو العام يزيل الصفة الجرمية عن الفعل .

5- العفو عن العقوبة يقتصر مفعوله على العقوبة الأصلية وحدها ، بينما العفو العام يسقط كل العقوبات التي يطالها .

6- يزول سلطان العفو عن العقوبة إذا وجد إخلال بالشروط المعلق عليها ، بينما العفو العام مفعوله قطعي نهائي و حاسم .

7- يصدر العفو عن العقوبة في المعتاد لتخفيف وطأة حكم قضائي خانه التوفيق في تقدير العقوبة ، أو لتدارك خطأ في الوقائع تعذر تداركه بالطريق القضائي ، بينما العفو العام يكون عادة في ظروف الاختلافات السياسية [1].

و هناك ما يسمى **بالعفو المختلط** ، و هو عفو يتوسط العفو عن العقوبة و العفو العام ، و يصدر عن السلطة التشريعية مقررا عفوا عاما عن مرتكب فئة أو فئات من الجرائم ، لكنهم لا يستفيد منه تلقائيا ، إنما يتعين بإصدار رئيس الجمهورية أو إحدى السلطات

---

[1] – ينظر في ذلك : ماهر عبد المجيد عبود ، **العفو عن العقوبة** ، ص: 246-247 .

العامة التي يحددها القانون ، يتم من خلال ذلك تعيين الفئات التي تنتفع بهذا العفو[1].

لكن خصائص العفو العام غالبة فيه ، مما جعل بعض فقهاء القانون يقولون بأن العفو المختلط في حقيقته هو عفو عام ، دخلته بعض التعديلات على بعض خصائصه وأحكامه[2] .

الفرع الثاني

تميزه عن العفو القانوني

إن العفو القانوني قرار يصدر عن القضاء بإعفاء المجرم من العقاب على الرغم من قيام وثبوت الفعل الجرمي على الجاني[3] .

و قد تقرر هذا العفو على مبنى تقدير المشرع أن المنفعة الاجتماعية التي يجلبها عدم العقاب في حالات معينة تربو عن المنفعة التي يحققها العقاب ، فيقرر هذا العفو لمنفعته الاجتماعية المهمة[4] .

و يختلف عن العفو عن العقوبة في :

1- يصدر العفو عن العقوبة بموجب مرسوم رئاسي ، في حين يصدر العفو القانوني عن القضاء .

2- يصدر العفو عن العقوبة بصدور الحكم بالإدانة ، في حين يصدر العفو القانوني قبل الحكم بالإدانة .

---

(1) – ينظر : رباح ، **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية** ، ص: 59–60 .

(2) – ينظر : محمود نجيب حسني ، **شرح قانون العقوبات اللبناني (القسم العام) –** (دار النهضة ، بيروت : 1984م) ، ص: 878 .

(3) – ينظر : عالية ، **أصول قانون العقوبات – اقسم العام –** ، ط2 (المؤسسة الجامعية ، بيروت : 1994 م) ، ص:458.

(4) – ينظر : حسني ، **شرح قانون العقوبات اللبناني** ، ص: 780 .

4- يقتصر مفعول العفو عن العقوبة على العقوبة الأصلية وحدها ، بينما العفو القانوني يسقط العقوبة ، سواء كانت أصلية أو فرعية أو إضافية[1] .

المبحث الرابع

خصوصية الشريعة الإسلامية في العقوبة و العفو

يتناول هذا المبحث المفاهيم الخاصة التي استأثرت بها الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي في نظرتها إلى العقوبة و العفو ، من عموم التشريع و اعتبارها للجانب الديني في العقوبة ، و البديل الذي قدمته للموازنة بين إفراط العقوبة و تفريط العفو .

المطلب الأول

النظر إلى العقوبة في ضوء كليات التشريع

يعتبر النظام العقابي جزءا من التشريع الإسلامي ، الذي له ارتباط قوي بين الأنظمة الأخرى ، و لذلك لا يمكن فهم مقاصد الشارع من العقوبة إلا ضمن هذه الكلية العامة.

فلا يمكن فهمها من خلال التسلسل التاريخي لتطور العقوبة كما هو الشأن في النظام الجزائي الوضعي ، و لا من حيث تطور الحضارات الإنسانية ، أو من حيث تطور الفكر الإنساني ، و لا من حيث تأثير المدنية في التدرج في تخفيف العقوبات ، فقد يؤدي ذلك إلى إسقاط مفاهيم في غير موضعها .

---

[1] – ينظر في ذلك : ماهر عبد المجيد ، **العفو عن العقوبة** ، ص: 252 .

فلا يمكن ربط نظام القصاص الذي جاء به التشريع العقابي في الإسلام على أنه قضاء على ما كان عليه العرب في جاهليتهم ، فهذا يفهم منه خصوصية الشريعة الإسلامية للعرب ، و هو مناقض لما دلت عليه النصوص الشرعية الثابتة على عموم التشريع لجميع البشر ، و ما أثبتته القواعد العامة التي دلت على عموم خطاب التكليف ، و خطاب الوضع الذي دل على أن الأحكام الشرعية إنما وضعت لمصالح العباد كافة ، المطبوعون بطابع النوع الإنساني المتحد في حاجياته و ضرورياته .

فالعقوبة في الشريعة الإسلامية ربما تتفق مع القانون الوضعي من خلال الأهداف لكن تختلف من حيث إنزال هذه الأهداف على الوقائع الثابتة و المتغيرة .

و إمعان النظر في النظام العقابي يثبت أن له علاقة قوية مع الأنظمة الأخرى ، و بينهم تسلسل محكم ، فمثلا : أقام الشارع الحكيم الأموال على أساس عقدي باعتبار أن الأموال هي أموال الله ﷻ و أنها وسائل و ليست غاية ، و على أساس عملي من خلال أداء حقوق الأصناف الثمانية المحددة شرعا من أموال الزكاة ، و الدعوة إلى المسارعة في أداء صدقات التطوع كالوقف و الوصية و الهدية و الهبة ، و ضمان المتلفات و أداء الديون ، فمن شأن ذلك أن يكون بابا منيعا للتفكير في الجناية على الأموال سواء عن طريق السرقة أو الاختلاس أو الغصب .

و العقوبات الأصلية (القصاص و الحدود) في الشريعة الإسلامية ، إنما وضعت لجنايات ثابتة و إن تغير الزمان و المكان ، كالجنايات على الأموال و الأعراض و النفوس و التي تعتبر من الكليات العامة الواجب حفظها .

لكن من جهة أخرى فإن هذه الجنايات دواعيها نفسية قوية ، لا يستطيع الإنسان معرفة قوانينها ، بدليل أنه قد وقع إفراط في العقوبة في الأمم الأخرى و وقع تفريط في عصرنا حتى

وصل الأمر إلى محاولة إلغاء النظام العقابي كلية ، فجاءت العقوبات في الشريعة الإسلامية مقدرة و ثابتة لا تتغير بتغير الزمان و المكان .

المطلب الثاني

مراعاة الجانب الديني في العقوبة

تقرر سابقا أن العقوبات جاءت مقدرة من الشارع الحكيم ، فلا يمكن الزيادة فيها أو النقصان منها عند الإثبات و قيام الحجة ، و جاء الوعيد من تعطيلها ، وتنفيذها على من يستحقها يعتبر عبادة ، و ذلك لأن فيها أداء حقوق الله ﷻ تعظيما لشأنه سبحانه وتعالى ، فالحاكم وهو يطبق الحدود و القصاص يتعبد بذلك ، و الجاني و هي تنفذ عليه العقوبة يتطهر من الذنوب و المعاصي .

فالعقوبة في الشريعة الإسلامية يراعى فيها الجانبان الجانب الديني و الجانب القضائي ، و كثيرا ما تجد الفقهاء يتكلمون عن ذلك في بعض الجرائم التي تقع تحت وطأة الإكراه أو الضرورة .

و قد شرعت الكفارات ، و هي في أصلها نوع من التعبد ، خاصة إذا فرضت على ما يعتبر معصية ككفارة القتل الخطأ ، فهي في حقيقتها عقوبة تحمل معنى العبادة ، حتى أن الأستاذ عبد القادر عودة قال بإمكانية تسميتها عقوبة تعبدية[1] ، و هي مقدرة لا تجب إلا بما أوجبه الشرع بنص صريح ، و هي محددة لجرائم معينة : القتل و إفساد الصوم

---

[1] – ينظر : عبد القادر عودة ، **التشريع الجنائي** ، ج1 ص: 683 .

والحنث في اليمين و الوطء في الحيض و الوطء في الظهار ، و عقوباتها : العتق و الإطعام و الكسوة و الصوم .

و الشريعة الإسلامية لم تجعل لكل انحراف أو معصية عقوبة دنيوية ، بل هناك كثير من

الانحرافات و المحرمات التي اكتفت الشريعة فيها بالوعيد و التهديد بالغضب من الله ﷻ ،و قد ترك بعضها للقاضي يعاقب فيها بحسب ما يراه مناسبا ، كالكذب و الرياء وخيانة الأمانة و غيرها .

ثم إن الشريعة الإسلامية بتشريعها للعقوبة الأخروية بجانب العقوبة القضائية ، تريد أن تجمع بين أصول الأخلاق العامة التي توقظ النفس من غيابات الغفلة و العصيان ، و بين أصول تشريع العقاب حتى يصل الأمر إلى مقصود الشارع من العقوبة ، فربما يرتدع المجرم بمجرد العقوبة الأخروية فيقع المقصود الأصلي الذي هو الزجر .

فهذا من خصوصيات الشريعة الإسلامية التي أرادت أن تقوي في الجاني نفسه ،الضمير الأخلاقي المتمثل في مراقبة الله ﷻ لجميع أعماله ، و لعل ما فعله ماعز و الغامدية يعزز هذه الفكرة و يقويها .

و أبعد من ذلك فإن الشريعة الإسلامية جعلت للجاني فسحة كي يتوب و يرجع ، وليكن الأمر بينه و بين الله ﷻ و يستتر و لا يعلن بجريمته لا للسطان و لا للخلان ، قال رسول الله ﷺ : ﴿ **أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله ، من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله ، فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله** ﴾[1] ، وقال ﷺ : ﴿ **كل أمتي معافى إلا المجاهرين ، و إن من المجاهرة أن يعمل الرجل بالليل**

[1] — أخرجه مالك في **موطئه** ، كتاب الحدود ، رقم : 1299 .

عملا ثم يصبح و قد ستر الله عليه ، ، فيقول يا فلان عملت البارحة كذا و كذا ، و قد بات يستره ربه و يصبح يكشف ستر الله عنه [2] .

إن لتعاليم الدين سلطان قوي في تغيير النفوس المريضة من الطالح إلى الصالح و من الصالح إلى الأصلح ، و هذا ما تتشوف إليه كل الشرائع من تشريعها للعقوبة .

المطلب الثالث

الموازنة بين عدالة العقوبة و أفضلية العفو

إن المطالب السابقة كانت مقدمة لإثبات أمرين :

– **الأمر الأول** : أن العقوبة في الشريعة الإسلامية ضرورة انطلاقا من فكرة العدل ، فمن العدل معاقبة المسيء من جنس إساءته من غير إفراط و لا تفريط .

– **الأمر الثاني** : أن الشريعة الإسلامية جمعت بين المسؤولية الأخلاقية و المسؤولية الشرعية في النظام الجزائي .

وفكرة العدل لا تنتهي عند إقامة العقوبة ، و إنما تتعدى ذلك ليشمل حتى قبل وقوع الجريمة ، يتمثل ذلك من خلال إقامة العدالة الاجتماعية بين جميع الناس ، و تهذيبهم على أساس الدين والأخلاق .

ثم إن الشريعة الإسلامية و هي تشرع العقوبة ، تعمل لأن يشعر المذنب بذنبه و أن يتنبه إلى خطئه ، عسى أن يقوده ذلك إلى التوبة و إصلاح نفسه ، فإذا أمكن الوصول إلى هذه الغاية بوسيلة أخرى أقل كلفة من العقوبة ، لم يكن من الحزم الإصرار على استخدام

[2] – أخرجه البخاري في **صحيحه** من حديث أبي هريرة ، كتاب الأدب ، باب ستر المومن ، رقم : 6069 ..

العقوبة ، لذلك كان العفو أحيانا أفضل عند موضعه ، فقد يتحقق معنى الشعور بالذنب في الجاني فيكون ذلك زجرا و رادعا له .

و لقد جاءت النصوص الشرعية لتربط بين عدالة العقوبة و بين أفضلية العفو ، و أصل ذلك كله في قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ وَٱلۡبَغۡيِۚ يَعِظُكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ ﴾ (النحل : 90) .

و يكون العدل في تطبيق القاعدة الشرعية عند موضع الإثبات ، المقصود : أنه إذا ثبتت الجناية على الجاني ، فإن من العدل إقامة العقوبة ، و أما الإحسان فهو تطبيق للقاعدة الأخلاقية ، و يكون في الدنيا بدفع المضار الدنيوية و إسقاط الحقوق و العفو عن المظالم[1] .

و إنما كان الإحسان في مقابل العدل ، للتخفيف من إفراط العدل ، فندب الشارع إلى العفو و استحسنه .

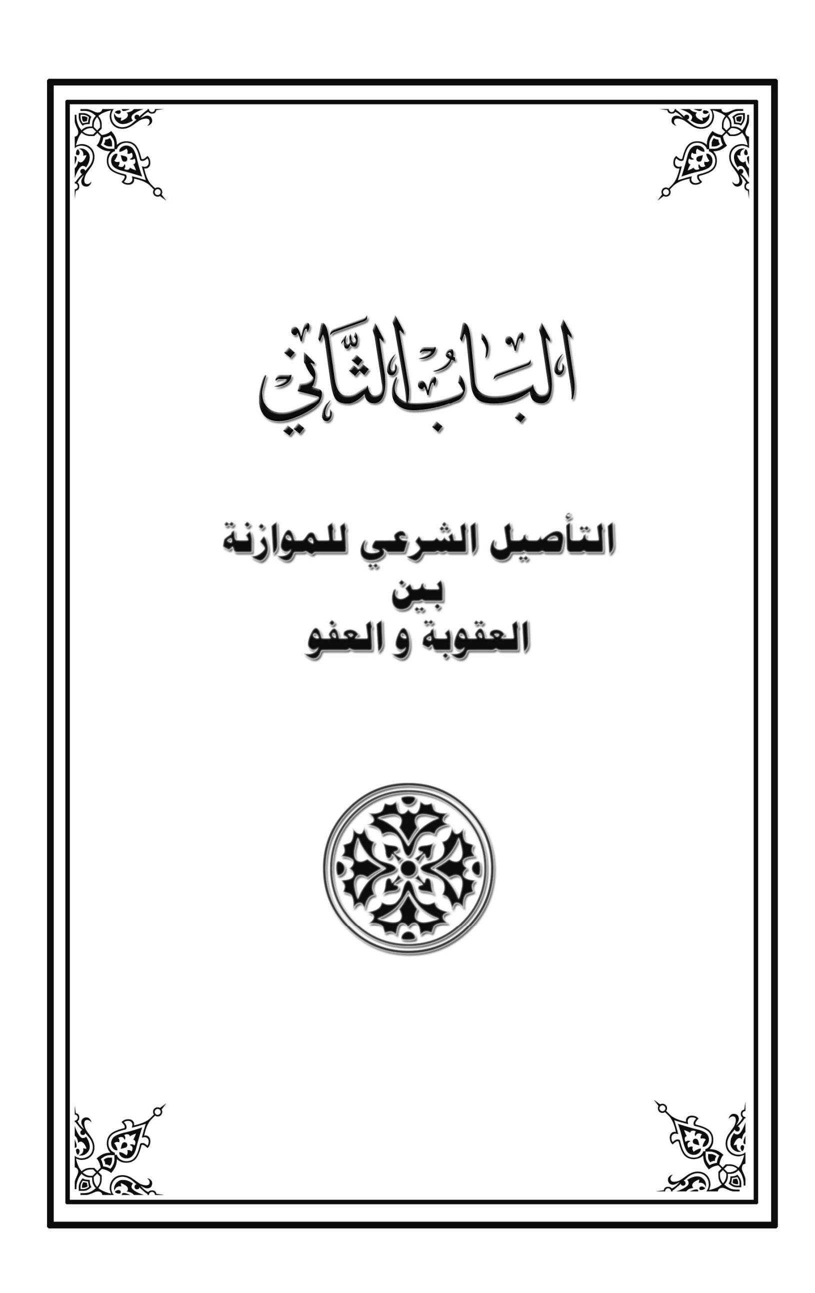
ثم إن الشريعة الإسلامية و هي تضع العفو كقاعدة أخلاقية بجانب العقوبة ، لم تترك باب العفو مفتوحا ، و إنما أقرته ضمن أصول العقوبة بحيث يتحقق التناسب بينهما ، فهناك عقوبات يندب فيها العفو ، و أخرى يحرم فيها و قد وقع التهديد و الوعيد على من أسقطها بالعفو ، ومن غير أن يضع سلطانه تحت تصرف الحاكم ، بل وضعه كحق في يد أولياء الدم في القصاص ، و ترك عقوبات أخرى تدخل من ضمن السلطة التقديرية للقاضي .

---

[1] – ينظر : ابن مفلح ، **الفروع** ، تحقيق : عبد الله بن المحسن التركي ، ط1 (مؤسسة الرسالة ، بيروت : 2003م) ، ج9 ص: 410 .

و لما كان أمر العفو يحمل من الخطورة التي قد تؤدي إلى عكس ما يتوقع منه ، فإن الفقهاء قد وازنوا بين المواضع التي يكون فيها العفو أصلح للجاني و بين المواضع التي تكون فيها العقوبة هي الأنفع ، تطبيقا للنصوص الشرعية و سعيا لتحقيق مقصود الشارع ، و انطلاقا من موازنتهم بين الضرر الواقع و النفع المطلوب من حيث المقدار وتحمل أقل الضررين ، و حفظا لحقوق الخاصة و العامة .

و ستتضح هذه الفكرة من خلال الأبواب اللاحقة ، و سيغلب على هذه الدراسة منظور الشريعة الإسلامية ، فيها نبين البديل الموجود في الشريعة الإسلامية لحل معادلة العقوبة التي يقابلها العفو عند إنزالها على الوقائع المختلفة ، من خلال ما أقرته النصوص الشرعية و على ضوء اجتهاد الفقهاء .



الباب الثاني

التأصيل الشرعي للموازنة
بين
العقوبة و العفو

الفصل الأول

التأصيل الشرعي للموازنة
من خلال النصوص الشرعية



و يتضمن المبحثين التاليين :

- **المبحث الأول:** أدلة الموازنة بين العقوبة و العفو من خلال النصوص الشرعية.
- **المبحث الثاني :** المعنى المقصود من استتباع العفو للعقوبة.

المبحث الأول

أدلة الموازنة من خلال النصوص الشرعية

يتناول هذا المبحث الأدلة الشرعية التي قامت على دعوتها إلى الموازنة بين ما يوجب العقوبة و ما يدعو إلى العفو من باب الفضل ، من خلال القرآن الكريم و ما ثبت من قول و فعل النبي ﷺ في الوقائع التي استدعت ذلك .

و يتضح ذلك في استتباع الشارع العقوبة بالعفو ، و لم يقتصر هذا على عقوبة معينة وإنما شمل ذلك في جميع الأحوال التي كان المقابل فيها الجزاء بمثله .

المطلب الأول

استتباع الشارع العقوبة بالعفو

القصد من هذا المطلب هو بيان أن الشارع الحكيم كلما أمر بتمكين العقوبة عند موضع الإثبات ، استتبع هذا الأمر بالعفو ، و هذا كله سيتضح من خلال نصوص القرآن الكريم و نصوص السنة النبوية .

الفرع الأول

الاستدلال بنصوص القرآن الكريم

1- قال الله ﷻ : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ ﴾ (البقرة :178) .

دلت هذه الآية على أصل عام و على معنى تقوم عليهما العقوبة في التشريع العام .

– **فأما الأصل العام** فهو : أن الأصل في الدماء وجوب القود[1] ، فإذا ثبتت العقوبة على الجاني كان الواجب تمكينها من غير نظر إلى عفو أو صلح .

و هذه الآية تقتضي إيجاب العقوبة من جهتين[2] :

الأولى : من جهة تمكينها سلطانا ، فتمكين العقوبة من اختصاص الحاكم أو ما يجري مجراه ، فمتى ثبتت العقوبة على الجاني و حصلت شرائط وجوب القتل بأن تحقق القتل العمد ، فإنه لا يحل للحاكم تركها إن أراد ولي الدم استيفاؤها .

الثانية : أن خطاب الآية متوجه كذلك إلى القاتل ، بمعنى : على القاتل أن يستسلم لحكم الله و يسلم نفسه عند مطالبة ولي الدم بالقصاص ، فليس له أن يمنع أو ينكر ، لأن الموضع فيه إقامة حق للعبد ، بخلاف السارق أو الزاني فيمكن لهما أن يهربا من الحد ولهما أيضا أن يستترا لأن ذلك من حقوق الله ﷻ .

– و **أما المعنى** الذي اقتضته هذه الآية فهو : وجوب رعاية العدل و التسوية في العقوبة من غير تفاضل فهو غير معتبر ، لأن المقصود الإهدار يؤكده حديث رسول الله ﷺ :

« **المسلمون تتكافأ دماؤهم** »[3] ، فيقتل الحر بالحر و العبد بالعبد و الأنثى بالأنثى[4] ، و لا يجوز التجاوز أو الزيادة في الحكم بالتعدي على الجاني ، فالظلم محرم من الجهتين من جهة المجني عليه و من جهة الجاني نفسه .

---

[1] – ينظر : السعدي ، **تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان** ، ط1 (دار ابن حزم ، بيروت : 1999م) ص: 73 .

[2] – ينظر : الرازي ، **التفسير الكبير** ، ط3 (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : ب.ت) ، ج5 ص:48 .

[3] – أخرجه أبو داود في **سننه** ، كتاب الجهاد ، رقم : 2371 .

[4] – ينظر :ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : ب.ت) ، ج1 ص:357 .

2- و استتبع الله ﷻ هذا الجزء من الآية بقوله تعالى:﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾(البقرة : 178) .

فشرع الله ﷻ مع تمكين العقوبة العفو و ندب إليه ، قال القرطبي: « ندب إلى رحمة العفو و الصدقة و كذلك ندب فيما ذكر في الآية إلى قبول الدية إذا بذلها الجاني بإعطاء الدية »[1].

و قد كان تشريع العفو على سبيل التخيير لهذه الأمة ، فقد خيرت بين ثلاث : القصاص و الدية و العفو ، و كان القصد من ذلك التوسعة و التيسير على العباد حتى يجدوا لأنفسهم مخرجا عند الضيق ، و لم يكن ذلك في الأمم السابقة كما بين ذلك ابن عباس في تفسيره لهذه الآية[2] .

فلاحظ كيف ربط الله ﷻ بين تمكين العقوبة عند الإثبات و بين ندبه للعفو ، و هذا الاستتباع كان في مقام معين و هو مقام العز ، بمعنى : لا بد أن يمكن أولياء الدم من الجاني و يستسلم إليهم ، حتى يتحقق معنى التمكين للعقوبة لهم .

فالله ﷻ أول ما بدأ به هو تمكين العقوبة كأصل عام ، لأن الناس عادة تريد نيل حقها من خلال تمكنها له من كل وجه من غير نقص ، فأراد الشارع الحكيم حصول ذلك ، و أردف مع هذا التمكين ندبه إلى العفو ، و النفوس البشرية إذا أحست بالتمكين لحقها فإنها إن طلبت العفو ، طلبته من مقام عال و مقام عز و شرف .

---

[1] – القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، خرج أحاديثه أحمد بن شعبان بن أحمد و محمد بن عيادي ، ط1 (مكتبة الصفا ، القاهرة : 2005) ، ج2 ص: 20 .

[2] – ينظر : المصدر نفسه ، ج2 ص: 193 .

3– قال الله ﷻ : ﴿ وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ ﴾ (النحل : 126) .

و في هذه الآية تقرير لمعنى الذي سبق في الآية السابقة ، فبعد إقرار حق العقوبة ، أشار إلى رعاية العدل فيها و حسن الإنصاف و ترك الزيادة في ذلك[1] ، باعتبار أن هذه الزيادة – في حقيقتها – ظلم للجاني ، و هذا يثبت مدى خصائص العدالة العقابية في التشريع الإسلامي .

إلا أنه ذكر في هذه الآية بشكل صريح أحد الأصول المعنوية للعقوبة في التشريع الإسلامي و هو : المماثلة ، و قد تأكد هذا المعنى في كثير من نصوص القرآن الكريم ، كقوله ﷻ : ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾ (البقرة : 194) ، فمن قتل بشيء قتل به ، و إن كان في ذلك تفصيل فقهي يرجع إليه في كتب الفقه الإسلامي[2] ، و كثيرا ما استدل الفقهاء في تأصيل معنى المماثلة بهذه الآية ، خاصة في حكم القتل بالمثقل .

4– و استتبع الآية السابقة بقوله ﷻ : ﴿ وَلَئِن صَبَرۡتُمۡ لَهُوَ خَيۡرٞ لِّلصَّٰبِرِينَ ١٢٦ وَٱصۡبِرۡ وَمَا صَبۡرُكَ إِلَّا بِٱللَّهِۚ وَلَا تَحۡزَنۡ عَلَيۡهِمۡ وَلَا تَكُ فِي ضَيۡقٖ مِّمَّا يَمۡكُرُونَ ﴾النحل:126-127

و قد جمعت هذه الآية الكريمة بين جواز الانتقام و الإشارة إلى أفضلية العفو [3].

و لقد كان لهذه الآية سبب للنزول يبين فيه تصرف النبي ﷺ أمام عدالة العقوبة ، فقد روي عن أبي بن كعب قال : ﴿ **لما كان يوم أحد قتل من الأنصار ستون رجلا و من**

---

[1] – ينظر : الرازي ، **التفسير الكبير** ، ج20 ص: 141 .

[2] – ينظر : ابن رشد ، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد** ، ج6 ص: 42 .

[3] – ينظر : الشنقيطي ، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن** (دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت : 1995 م) ، ج2 ص: 466 .

المهاجرين ستة ، فقال أصحاب رسول الله ﷺ : لئن كان لنا يوم مثل هذا من المشركين لنربين عليهم، فلما كان يوم الفتح قال رجل : لا تعرف لا قريش بعد اليوم ، فنادى منادي رسول الله ﷺ : أن رسول الله ﷺ أمن الأسود و الأبيض إلا فلانا و فلانا – ناسا سماهم – فأنزل الله هذه الآية فقال رسول الله ﷺ : نصبر و لا نعاقب [1].

و فيه دلالة على أفضلية العفو أمام عدالة العقوبة .

و إنما هذا التفضيل للعفو كان وفق مراحل ذكرتها الآيتين و أشار إليها الرازي في تفسيره لهما[2] .

فالمرحلة الأولى : كانت تعريضا لبيان أن الأولى ترك القصاص .

المرحلة الثانية : مرحلة الانتقال من التعريض إلى التصريح في قوله تعالى : ﴿ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّـٰبِرِينَ ﴾ ، و هذا تصريح على أن الأولى ترك القصاص .

المرحلة الثالثة : و هي مرحلة الجزم بترك القصاص في قوله تعالى : ﴿ وَٱصْبِرْ ﴾ ، والصبر المقصود هو الصبر على المعاقبة و هو في معنى العفو ، كقوله ﷻ : ﴿ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ (البقرة : 237) ، و قوله ﷻ : ﴿ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ ﴾(الشورى : 40) .

و في هذا التأويل للآيتين حكمة بالغة و دلالة قوية في أن العفو أمر عسير على الأنفس شاق عليها ، لأن **حقوق العباد مبنية على المشاحة و الضيق** ، و لذلك فإن العفو عن الجاني لا يمكن أن يكون مباشرة ، و إنما لا بد من استدراج أولياء الدم استدراجا فيه لطف حتى تستقبل النفوس المحتقنة بالانتقام العفو بالقبول .

---

[1] – أخرجه أحمد في **مسنده** ، كتاب مسند الأنصار ، رقم : 20280 .

[2] – ينظر : الرازي ، **التفسير الكبير** ، ج20 ص: 142 .

5- قوله ﷻ : ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ ﴾ ، (الشورى : 40) .

و هذه آية أخرى فيها تقرير ما أشارت إليه النصوص السابقة من بيان عدالة العقوبة والتمكين لها إن أراد المجني عليه الاستيفاء و الظفر بحقه ، فالآية دلت على أنه يجب أن تقابل الإساءة بمثلها من غير زيادة ، لأن ذلك ظلم على الجاني ، و الشرع الحكيم قد نزه ذلك عنه بحسب مجموع النصوص السابقة[1] .

و لقد كانت هذه الآية بمثابة القاعدة الفقهية استدل بها كثير من الفقهاء في المواضع التي تتعلق بالجنايات ، ومقتضاها : أن **تقابل كل جناية بمثلها** ، و السبب في ذلك : أن الإهدار (ترك الجاني من غير عقوبة) يوجب فتح باب العدوان ، لأن النفوس البشرية لها ميل شديد للظلم و البغي و العدوان ، فإذا لم تنزل العقوبة على الجاني الذي تعمد العدوان ، فإن جرأته على فعل الجناية تتقوى و الإقدام عليها يزداد .

6- و قد استتبع الجزء من الآية السابقة بقوله ﷻ : ﴿ فَمَنۡ عَفَا وَأَصۡلَحَ فَأَجۡرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾ ، (الشورى : 40) .

فذكر الله ﷻ مع عدالة العقوبة العفو ، و فيها بيان أن في العفو أجر ، فندب الشارع الحكيم إليه ، كقوله تعالى : ﴿ وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٞ لَّهُۥۚ ﴾ (المائدة : 45) ،و كما صح في الحديث الشريف قوله ﷺ : **و ما زاد الله عبدا بعفو إلا عزا** [2]، فدلت على أن العفو عن المظلمة أفضل ، لأن فيه ضمانا للأجر[3] .

(1) – ينظر : الرازي ، **التفسير الكبير** ، ج27 ص: 178 .

(2) – أخرجه مسلم في **صحيحه** ، كتاب البر و الصلة و الآداب ، رقم : 4689.

(3) – ينظر : القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج16 ص: 30 .

فمن خلال النصوص السابقة يتبين أن الشارع الحكيم كلما ذكر عدل العقوبة استتبع مع ذلك بديلا عنها و هو العفو و ندب إلى ذلك و دل على أفضليته .

لكن لا يفهم ذلك أن تفضيل الشارع للعفو على العقوبة قد جرى في جميع الأحوال ، و إنما وقع هذا الاستتباع في غالب الأحوال في العقوبة التي تتجلى فيها العدالة العقابية وهي موجودة في عقوبة القصاص باعتبارها مقابلة الجزاء بمثله ، و في ذلك حكمة ستتضح من خلال الموضوع كله ، و سيكون لذلك استدراك سيأتي بيانه .

الفرع الثاني

الاستدلال بنصوص السنة النبوية

1- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : **أنه عام فتح مكة ، قتلت خزاعة رجلا من بني ليث بقتيل لهم في الجاهلية ، فقام رسول الله ﷺ فقال : إن الله عز وجل قد حبس عن مكة الفيل و سلط عليها رسوله و المؤمنين ، ألا و إنها لم تحل لأحد قبلي و لا تحل لأحد بعدي ، و إنما أحلت لي ساعة من نهار ، و إنما ساعتي هذه حرام ، لا يختلى شوكها ولا يعضد شجرها و لا يلتقط ساقطتها إلا لمنشد ، و من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، إما أن يودي و إما يقاد** [1]، ووجه الدلالة فيه : قوله ﷺ : **و من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما يقاد** ، فيه دلالة على أن الواجب لأولياء القتيل أحد الأمرين القصاص أو أخذ الدية بالاختيار ، و على أن رضا القاتل لا يعتبر[2] .

---

[1] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، رقم : 6880، كتاب الديات ، باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، ص: 1247 .

[2] – ينظر : النووي ، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج** ، ط2 (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : 1392 هـ) ، ج9 ص: 129 ، و ينظر : ابن دقيق العيد ، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام** ، تحقيق مصطفى شيخ مصطفى و مدثر سندس ، ط1 (الرسالة : 2005) ، ج1 ص: 433 .

2- عن أبي شريح الخزاعي أن النبي ﷺ قال : « **من أصيب بقتل أو خبل**[1] **فإنه يختار إحدى ثلاث: إما أن يقتص و إما أن يعفو و إما أن يأخذ الدية ، فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه** »[2]، و دلالة الاختيار فيه ظاهرة ، إلا أن هذا الحديث أقر ثلاثة اختيارات ، زاد على ما تقرر في النص السابق العفو من غير الدية أو العفو بلا بدل .

3- حديث أنس بن مالك قال : « **أن الربيع بنت النضر بن أنس كسرت ثنية جارية ، فعرضوا عليها الأرش**[3] **فأبوا ، فأتوا رسول الله ﷺ و أبوا إلا القصاص ، فأمر رسول الله ﷺ بالقصاص ، فقال أنس بن النضر : يا رسول الله أتكسر ثنية الربيع ؟ لا و الذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها ، فقال رسول الله ﷺ : كتاب الله القصاص ، فرضي القوم و قبلوا الأرش ، فقال رسول الله ﷺ : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره** »[4]، و فيه دلالة على وجوب القصاص ، و يفهم من دلالة قوله ﷺ : « **إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره** » استحباب العفو[5] .

فالنصوص النبوية السابقة دلالتها واضحة على الاختيار بين القصاص أو الدية أو العفو بلا بدل ، و هذا يتناسب مع النصوص القرآنية السابقة .

فقد أثبتت النصوص السابقة (قرآنا و سنة) أن لأولياء الدم حق القصاص و تمكينهم لذلك ، و حق العفو سواء كان ببدل بأخذ الدية ، لأن ذلك يعتبر في حقيقته عفوا ، ومن غير بدل ، و أن لهم الاختيار بينهما .

---

[1] – الخبل : الجراح ، ينظر : ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج11 ص: 196 .

[2] – أخرجه أبو داود في **السنن** ، كتاب الديات ، رقم : 3898 .

[3] – الأرش : الخدش ، ثم قيل لما يأخذ دية لها أرش ، ينظر : ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج6 ص: 263 .

[4] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب التفسير ، باب قوله تعالى : و الجروح قصاص، رقم : 4611 ، ص: 835

[5] – ينظر : النووي ، **المنهاج شرح صحيح مسلم** ، ج11 ص: 163 .

والملاحظ أن الاستدلال بالنصوص الشرعية السابقة كان منحصرا على جانب و هو بما يتعلق بعقوبة القصاص فقط ، و قد كان استتباع العفو به ظاهر ، و هذا أمر قد يفسر أن حق العفو يتعلق بهذه العقوبة فقط ، أو يتعلق بجرائم الدماء و الجراحات دون غيرها من الجرائم .

إلا أن هذا التفسير قد تذهب غشاوته من خلال ما سيتقرر في المطلب اللاحق ، عندما يثبت أن تفضيل العفو كان عاما و شاملا لجميع الميادين ، و أن أمر الشارع بتمكين العقوبة كذلك كان عاما و شاملا لجميع العقوبات كالحدود و التعزير .

و لا بد أن يعلم أن تقسيم العقوبات إلى قصاص و حدود و تعازير ، إنما هو تقسيم نظري حتى يسهل على الناظر معرفة أحكام كل عقوبة ، إلا أن إثبات الموازنة بين العقوبة و العفو يحتاج إلى النظرة العامة للنظام العقابي في التشريع .

المطلب الثاني

شمولية هذه الملازمة

الذي تبين في المطلب السابق هو ملازمة العفو للعقوبة فيما يتعلق بعدالة العقوبة و هي القصاص ، أما في هذا المطلب فسيثبت أن هذه الملازمة عامة و شاملة لجميع أنواع العقوبات و حتى في الأحوال الخاصة للناس ، و ذلك من خلال النصوص الشرعية .

الفرع الأول

نصوص القرآن الكريم

- قوله ﷻ : ﴿ وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُواْ ٱلْفَضْلِ مِنكُمْ وَٱلسَّعَةِ أَن يُؤْتُوٓاْ أُوْلِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينَ

1وَٱلْمُهَـٰجِرِينَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ۖ وَلْيَعْفُوا۟ وَلْيَصْفَحُوٓا۟ ۗ أَلَا تُحِبُّونَ أَن يَغْفِرَ ٱللَّهُ لَكُمْ ۗ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ ، (النور : 22) .

ذكر القرطبي أن هذه الآية نزلت في أبي بكر ﷺ و مسطح بن أثاثة و هو ابن بنت خالته و كان من المهاجرين البدريين المساكين ، و كان أبو بكرﷺ ينفق عليه لمسكنته وقرابته ، فلما وقع أمر الإفك من قذف عائشة – رضي الله عنها – قال مسطح فيه ما قال ، **فقال أبو بكر ﷺ :** **و الله لا أنفق عليه شيئا أبدا بعد الذي قال لعائشة ، فأنزل الله الآية ، فقال أبو بكرٍ : و الله إني لأحب أن يغفر الله لي ، فرجع إلى مسطح النفقة التي كان ينفق عليه** [1].

فانظر كيف قابل أبو بكر الإساءة بالعفو امتثالا لأمر الله تعالى ، و لذلك قال عبد الله ابن المبارك: « هذه أرجى آية في كتاب الله »[2].

ففي هذه الآية الكريمة دعوة إلى مقابلة عدل العقوبة بالعفو ، فإنه كان من مقدور أبي بكر أن يمسك النفقة على مسطح لما قال في عائشة – رضي الله عنها – لكنه اختار جانب العفو ، و رغم أن الموضع هو موضع جناية و هي القذف ، إلا أن في مقابلة الإساءة قطع رحم ، فلذلك جاءت الآية في غاية اللطف و الرفق على صلة الأرحام.

و المعنى : ليكن العفو و الصفح عن المسيء كما ترجون أن يفعل الله بكم من كثرة الخطايا و الذنوب[3] . و هذا في علاقة الناس مع بعضهم ، أما فيما يخص تطبيق الحد

---

[1] – القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج12 ص: 148 ، و قد أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب التفسير ، باب قوله ﷻ : لولا إذ سمعتموه ..رقم : 4750 ، ص: 875 .

[2] – نقلا من : القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج12 ص: 149 .

[3] – ينظر : الرازي ، **التفسير الكبير** ، ج23 ص: 191 .

فقد نفذ على مسطح لقيام البينة و ثبوته عند رسول الله ﷺ وهو إمام المسلمين[1].

لكن عفو الصديق قد يكون له أثر في ترجيح باب صلة الرحم التي أوجبها الله ﷻ صلتها ، فكان العفو في هذه الحالة أنفع و أسلم .

و لذلك نجد من الفروع الفقهية أن الشارع الحكيم لم يقم القصاص بين الوالد وولده و قد استحب العفو في هذا الموضع حتى لا تكون العقوبة سببا لقطع صلة الرحم.

2- قوله ﷻ : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّ مِنۡ أَزۡوَٰجِكُمۡ وَأَوۡلَٰدِكُمۡ عَدُوّٗا لَّكُمۡ فَٱحۡذَرُوهُمۡۚ وَإِن تَعۡفُواْ وَتَصۡفَحُواْ وَتَغۡفِرُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ ﴾ ، (التغابن : 14) .

عن ابن عباس وقد سأله رجل عن هذه الآية قال : **هؤلاء رجال أسلموا من أهل مكة و أرادوا أن يأتوا النبي ﷺ ،فأبى أزواجهم و أولادهم أن يدعوهم أن يأتوا رسول الله ﷺ فلما أتوا رسول الله ﷺ رأوا الناس قد فقهوا في الدين ،هموا أن يعاقبوهم ،فأنزل الله ﷻ الآية**[2] قال القرطبي : « و الآية عامة في كل معصية يرتكبها الإنسان بسبب الأهل و الولد ، وخصوص السبب لا يمنع عموم الحكم »[3] .

فهذه الآية دلت على ترجيح العفو على العقوبة ، لأن الحال نفسه الذي تقرر في الآية السابقة .

فالعفو في هذا الموضع أفضل للمحافظة على الأسرة ، و هو مقصد تتشوف إليه الشريعة الإسلامية ، فكم من أحكام شرعت لأجل المحافظة على استمرارها و بث قيمة المودة و الرحمة فيها .

---

[1] – نقل عن الماوردي أنه ﷺ لم يجلد أحد من القذفة لعائشة ، و تعليله : بأن الحد إنما يثبت ببينة أو إقرار ، و رد عليه بأنه ثبت ما يوجبه بنص القرآن ، نقلا من : الصنعاني ، **سبل السلام** ، ص: 27 .

[2] – أخرجه الترمذي في **سننه** ، كتاب التفسير ، باب و من سورة التغابن ، رقم : 3317.

[3] – القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج18 ص: 101 .

3- قوله ﷻ : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ۚ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ ، (البقرة : 237) .

قال مجاهد و النخعي و الضحاك و الثوري : « الفضل هاهنا أن تعفو المرأة عن شطرها أو إتمام الرجل الصداق ، و أن أقربهما للتقوى هو الذي يعفو »[1].

و العفو دلالة و قرينة على التقوى ، و كل من كان أقوى في العفو كان أقوى في التقوى ، باعتبار أن الميل إلى العفو ليس بالأمر السهل ، و كل من كانت صفته التقوى

كان أكرم الناس إلى الله ﷻ ، قال تعالى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ۚ ﴾ ، (الحجرات : 13) .

و انظر إلى قيمة العفو في هذا الموضع ، وهو لا يقل قيمة عن المواضع السابقة ، لأن فيه جبرا للآلام و الأحزان ، و البعد عن التقصي بين الأزواج .

بيان ذلك : أن الرجل إذا تزوج بالمرأة تعلق قلبها به ، حتى إذا طلقها قبل الدخول وقبل المسيس ، لحقها من الأذى بحسب ما كانت تتمنى من الزواج ، فكان ذلك سببا للأذى و جلب الأحزان من الزوج .

و كذلك الرجل إذا كلف أن يبذل لها مهرا من غير أن ينتفع بها ، فصار ذلك سببا للأحزان و الأذى .

فندب الله تعالى كل واحد منهما إلى العفو الذي يزيل هذا الأذى و يجبر الأحزان ، فندب الزوج إلى أن يطيب قلب الزوجة بأن يسلم المهر إليها بالكلية ، و ندب المرأة إلى

---

[1] – نقلا من : ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، ج1 ص: 486 .

ترك المهر بالكلية [1].

و العفو في هذا الموضع له قيمة كبيرة ، لأن فيه دلالة على عدم نسيان الفضل بينهما ، و فيه ترك التقصي على الأزواج بعضهم بعضا ، و ترجيح جانب المسامحة فيما يستغرقه أحدهما على الآخر ، و ذلك للوصلة التي وقعت بينهما و لم تكتمل ، فمن رعاية حقهما الحرص منهما على المسامحة .

الفرع الثاني

نصوص السنة النبوية

و قد دلت كثير من نصوص السنة – بحسب ظواهر دلالتها – على الندب و تفضيل العفو على العقوبة من ذلك :

1- حديث أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال : «**ما نقصت صدقة من مال و ما زاد الله عبدا بعفو إلا عزا و ما تواضع أحد لله إلا رفعه**»[2].

2- حديث أنس قال :« **ما رفع إلى رسول الله ﷺ شيء فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو**»[3].

3- حديث أبي الدرداء قال : « **سمعت رسول الله ﷺ يقول : ما من رجل يصاب بشيء من جسده ، فيتصدق به إلا رفعه الله به درجة و حط عنه به خطيئة** » [4].

4- حديث عبد الرحمن بن عوف أن النبي ﷺ قال:« **ثلاث و الذي نفس محمد بيده إن كنت حالفا عليهن :لا ينقص مال من صدقة فتصدقوا و لا يعفو عبد عن مظلمة يبتغي بها**

---

[1] – ينظر : الرازي ، **التفسير الكبير** ، ج6 ص: 145 .

[2] – أخرجه أحمد في **مسنده** ، كتاب باقي مسند المكثرين ، رقم : 6908 .

[3] – أخرجه ابن ماجة في **سننه** ، كتاب الديات ، رقم : 2682.

[4] – أخرجه الترمذي في **الجامع** ، كتاب الديات ، باب ما جاء في العفو، رقم : 1393 ، ص: 245 .

وجه الله إلا رفعه الله بها و قال أبو سعيد مولى بني هاشم :إلا زاده الله بها عزا يوم القيامة ولا يفتح عبد باب مسألة إلا فتح الله عليه باب فقر ﴾[1].

و لا بد أن تفهم هذه النصوص النبوية من خلال ما تقرر في التفصيلات الفقهية ، بمعنى: أن الشارع الحكيم ندب إلى العفو عند التمكين لعقوبة القصاص ، أما ما يتعلق بعقوبات الحدود ، فالأمر يختلف اختلافا بينا عكس ما تقرر في عقوبة القصاص .

فالذي تقرر فقها ، أنه إذا حصل التمكين لعقوبة الحد بحيث قامت الشهادة الصحيحة على ذلك أو إقرار صحيح من طرف الجاني ، فإنه لا عفو .

فالمقصود أن تفهم النصوص السابقة على أن العفو جائز في الحدود إذا كان قبل وصول أمر الجاني إلى الحاكم ، و يقرر ذلك ما تضمنته ظواهر النصوص التالية :

1- عن يزيد بن نعيم عن أبيه ﴿ **أن ماعزا أتي النبي ﷺ فأقر عنده أربع مرات ، فأمر برجمه و قال لهزال لو سترته بثوبك كان خيرا لك** ﴾[2]، ففيه دلالة على ترجيح جانب الستر و ذلك قبل الرفع إلى الحاكم .

2- عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال : ﴿ **تعافوا الحدود فيما بينكم ، فما بلغني من حد فقد وجب** ﴾[3]، و دلالة العفو قبل الرفع إلى الإمام ظاهرة .

3- عن عائشة –رضي الله عنها – قالت : ﴿ **قال رسول الله ﷺ : أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود** ﴾[4]، و قد استدل به الفقهاء في اعتبار الشبهة – و التي هي في

---

[1] – أخرجه أحمد في **مسنده** ، كتاب مسند العشرة المبشرين بالجنة ، رقم : 1584.

[2] – أخرجه أبو داود في **سننه**، كتاب الحدود ، رقم : 3805.

[3] – أخرجه أبو داود في **سننه** ، كتاب الحدود ، باب العفو عن الحدود ما لم تبلغ السلطان ، رقم : 4376 ص: 478 .

[4] – أخرجه أبو داود في **السنن** ، كتاب الحدود ، باب في الحد يشفع فيه ، رقم : 4375 ، ص: 478 .

محل العفو – مسقطة للحدود .

4- عن أبي هريرة ﵁ قال : ﴿ **قال رسول الله ﷺ : من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ، و من ستر مسلما ستره الله في الدنيا و الآخرة ، و الله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه** ﴾[1]، و هذا الحديث قد استدل به الفقهاء على استحباب الستر على المسلم الذي اقترف حدا من حدود الله ﷻ خاصة جريمة الزنا أو جريمة شرب الخمر قبل وصول أمره إلى الحاكم .

المطلب الثالث

ضرورة تطبيق العقوبة عند الإثبات

و فيه بيان الجانب التي يتعين فيه ترجيح العقوبة من غير عفو ، ليدل على ضرورة إنزال العقوبة إذا حصل إثباتها بطرق الإثبات على الجاني و وصول أمره إلى الحاكم ، و هذا يتعلق بالقسم الثاني للعقوبات التي تسمى بالحدود .

و لقد دلت النصوص الشرعية على ذلك ، و حذرت كل من أراد تعطيل هذه العقوبات ، و ذكرت من التهديد و الوعيد على من عفا أو أراد أن يكون شفيعا في عدم إقامة العقوبة على الجاني الذي ثبتت في حقه الجريمة .

الفرع الأول
نصوص القرآن الكريم

1- قوله ﷻ : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ ، (المائدة : 33) .

---

[1] – أخرجه مسلم في **صحيحه** ، كتاب الذكر و الدعاء و التوبة و الاستغفار ، رقم : 4867 .

و الذي عليه أكثر الفقهاء على أن هذه الآية نزلت في قطاع الطرق من المسلمين[1] ، و فيه ذكر الشارع الحكيم حدا اشتهر في الفقه بحد الحرابة .

و من الأحكام التي تضمنتها هذه الآية : وجوب إقامة الحد على المحارب القاطع للطريق من غير عفو عند التمكين و قبل التوبة ، بخلاف المحارب التائب قبل القدرة عليه فالذي عليه الفقه أن العفو عنه جائز .

و في الآية عموم مفاده : لم تخص شريفا من وضيع و لا رفيعا من دنيء ، فلم تعتبر المكافأة في هذا الحد ، ليدل على أن هذه العقوبة ليس هي من ضمن القصاص و إن كان قد حصل في هذه الجريمة القتل المتعمد .

و السبب في ذلك : إجماع الفقهاء على أن عفو ولي المقتول في الحرابة لغو لا أثر له في إسقاط العقوبة ، و على الحكام إقامة الحد على المحارب فإن قتل يقتل حدا ، فالمسألة ليست مسألة قصاص حتى يتخير أولياء الدم بين العقوبة أو العفو ، بل الموضع لا بد أن تترجح فيه العقوبة ، لفساد هذه الجريمة العظيم ، و لذلك جاء التغليظ الزائد من جهة المحاربة [2].

فالقتل في الحرابة يختلف عن القتل في القصاص ، فالقتل في هذا الأخير هو مجرد القتل ، أما في الحرابة فقصد القتل فيها شديد الأثر ، فهو ليس لمجرد القتل بل القصد منه الفساد في الأرض لما فيها من إخافة السبيل و سلب الأموال و هتك الأعراض .

فأراد الشارع الحكيم من هذه العقوبة التمكين لها من غير عفو حتى ولو عفا أولياء الدم ، و هذا المعنى هو الذي جعل فقهاء المالكية يرون أن قتل الغيلة هو من الحرابة ، لأن قصد

---

[1] – ينظر : الرازي ، **التفسير الكبير** ، ج11 ص: 214 .

[2] – ينظر : الشنقيطي ، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن** ، ج1 ص:398 .

القاتل قبيح شديد الفساد فلا عفو فيه .

2- قوله ﷻ : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ ، (المائدة : 38) .

و القطع هنا معناه الإبانة و الإزالة ولا يجب إلا بجمع أوصاف تعتبر في السارق و في الشيء المسروق و في الموضع المسروق منه و صفته[1] ، و أحكام ذلك مفصلة في أبواب الفقه .

و الملاحظ أن الله ﷻ ذكر عقوبة السارق بعد ذكر عقوبة قاطع الطريق الذي هو في الغالب يقطع الطريق لأجل أخذ الأموال ، فهو من هذه الجهة يشبه السارق ، حتى أن فقهاء الحنفية سموا الحرابة بالسرقة الكبرى .

لكن الفرق بينهما ، أن المحارب يأخذ الأموال بطريق السعي في الأرض بالفساد ، وأما السارق فهو يأخذ الأموال في الخفية بحيث لا تحترز الناس منه عادة و يعسر و يشق عليهم معرفته ، و لذلك فرق الفقهاء بين السارق و المحارب و الغاصب و النباش ، وغيرها من المعاني التي تشبه السارق من جهة أخذ الأموال .

و يوجد فرق مهم يخدم الموضوع و هو : أن العفو عن المحارب ممكن و ذلك في حالة توبته قبل الظفر عليه ، بخلاف السارق ، فإنه حده لا يسقط بالتوبة و لو جاء تائبا قبل القدرة عليه . و لشدة وجه التشابه بين السارق و المحارب ، وقع خلاف مشهور بين بعض فقهاء الشافعية الذين قالوا بسقوط الحد بالتوبة قبل القدرة على السارق و بين الجمهور الذين قالوا بعدم سقوط الحد بالتوبة .

---

[1] – ينظر : القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج6 ص: 127 .

و قد أبدع ابن العربي و هو يبين السر في ذلك رادا على فقهاء الشافعية ، قال :« و يا معشر الشافعية سبحان الله أين الدقائق الفقهية و الحكم الشرعية التي تستنبطونها من غوامض المسائل ؟

ألم تروا إلى المحارب المستبد بنفسه المعتدي بسلاح الذي يفتقر الإمام معه إلى الإيجاف بالخيل و الركاب كيف أسقط جزاءه بالتوبة استنزالا عن تلك الحالة ، كما فعل بالكافر

في مغفرة جميع ما سلف استئلافا على الإسلام .

فأما السارق و الزاني و هما في قبضة المسلمين و تحت حكم الإمام، فما الذي يسقط عنهم حكم ما وجب عليهم ؟ أو كيف يجوز أن يقال : يقاس على المحارب و قد فرقت بينهما الحكمة و الحالة ، هذا ما لا يليق بمثلكم يا معشر المحققين » [1].

فانظر إلى هذه الموازنة العجيبة بين السارق و المحارب ، رغم أنهما يشتركان في أخذ الأموال ، إلا أنهما يختلفان في العفو ، فالمحارب التائب يعفى عنه قبل القدرة عليه ، بخلاف السارق التائب .

3- قوله ﷻ : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْأَخِرِۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ (النور : 02) .

قال مجاهد في بيان المقصود من الرأفة المنهي عنها : « إقامة الحدود إذا رفعت إلى السلطان ، فتقام و لا تعطل »[2]، بمعنى : ليس المقصود بالمنهي عنه الرأفة الطبيعية على

---

[1] – نقلا من : القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج6 ص: 133 .

[2] – نقلا من : ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، ج3 ص: 97 .

إقامة الحد ، و إنما المقصود الرأفة التي تحمل الحاكم على ترك الحد و تعطيله بالعفو ، فلا يجوز له ذلك ، و العفو عن ذلك محرم كما في السرقة عند الإثبات .

الفرع الثاني
نصوص السنة النبوية

و من نصوص السنة التي دلت ظواهر دلالتها على تحريم العفو عند موضع التمكين للعقوبة و إثبات الجرم على الجاني بعد بلوغ أمره إلى الحاكم – و قد جاءت دلالتها صريحة في ذلك – ما يلي :

1- عن عائشة – رضي الله عنها – قالت : **﴿ ما خير النبي ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يأثم ، فإذا كان الإثم كان أبعدهما منه ، و الله ما انتقم لنفسه في شيء يؤتى إليه قط ، حتى تنتهك حرمات الله فينتقم لله ﴾**[1].

2- عن عائشة – رضي الله عنها – قالت : **﴿ أن قريشا أهمتهم المرأة المخزومية التي سرقت ، فقالوا : من يكلم رسول الله ﷺ ، و من يجترئ عليه إلا أسامة حب رسول الله ﷺ ، فكلم رسول الله ﷺ ، فقال : أتشفع في حد من حدود الله ، ثم قام فخطب ، قال : يأيها الناس ، إنما ضل من قبلكم ، أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه و إذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد ، و أيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها ﴾**[2]، و

---

[1] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب الحدود ، باب إقامة الحدود و الانتقام لحرمات الله ،رقم : 6786.

[2] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب الحدود ، باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان ، رقم : 6788 .

قد اشتهر به الاستدلال عند الفقهاء على تحريم الشفاعة و العفو في الحد عند بلوغ أمر الجاني إلى الحاكم ، لما فيه من تعظيم أمر المحاباة للأشراف في حقوق الله ﷻ [1].

3- عن ابن عمر قال : ﴿ **سمعت رسول الله يقول : من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله** ﴾[2] .

4- عن أبي هريرة قال : ﴿ **قال رسول الله ﷺ : حد يعمل في الأرض خير لأهل الأرض من أن يمطروا ثلاثين صباحا** ﴾ [3].

5- عن يحي بن المجبر قال : ﴿ **سمعت أبا ماجد يعني الحنفي قال : كنت قاعدا مع عبد الله قال : إني لأذكر أول رجل قطعه أتي بسارق فأمر بقطعه ، و كأنما أسف وجه رسول الله ﷺ قال : قالوا : يارسول الله كأنك كرهت قطعه ، قال : و ما يمنعني لا تكونوا عونا للشيطان على أخيكم إنه ينبغي للإمام إذا انتهى إليه حد أن يقيمه ، إن الله ﷻ عفو يحب العفو** ﴾ [4].

6- عن عبد الله بن صفوان عن أبيه : ﴿ **أنه نام في المسجد و توسد رداءه ، فأخذ من تحت رأسه ، فجاء بسارقه إلى النبي ﷺ ، فأمر به النبي ﷺ أن يقطع ، فقال صفوان : يا رسول الله لم أرد هذا ، ردائي عليه صدقة ، فقال رسول الله ﷺ : فهلا قبل أن تأتيني به** ﴾[5].

---

[1] — ينظر : ابن دقيق العيد ، **إحكام الأحكام شرح عمدة** الأحكام ، ص: 448 ، و ينظر : البغوي ،**شرح السنة** ، تحقيق شعيب الأرناؤوط و محمد زهير الشاويش ، ط2 (المكتب الإسلامي، دمشق ، بيروت : 1983) ، ج10 ص: 329 .

[2] — أخرجه أبو داود في **السنن** ، كتاب الأقضية ، رقم : 3123 .

[3] — أخرجه النسائي في **السنن** ، كتاب قطع السارق ، رقم : 4860.

[4] — أخرجه أحمد في **مسنده** ، كتاب مسند المكثرين من الصحابة، باب مسند عبد الله بين مسعود ، رقم : 3955.

[5] — أخرجه ابن ماجة في **السنن** ، كتاب الحدود ، رقم : 2585.

فهذه الأحاديث كلها محمولة على ما قبل وصول أمر الجاني إلى الحاكم أو ما يقوم مقامه ، فلا عفو و لا شفاعة و لا الصلح على مال ، و قد وقع التهديد و التحذير من ذلك ، و حتى توبة الجاني فإنها لا تنفعه في إسقاط الحد عنه على رأي جمهور الفقهاء ، لأن الأمر يتعلق بالمحافظة على حقوق الله ﷻ ، فلا يملك أحد من الخلق إسقاط هذا الحق البت .

المبحث الثاني

المعنى المقصود من استتباع العفو للعقوبة

و يتبين ذلك من خلال النصوص المباشرة و هي النصوص السابقة التي استدل بها لبيان العقوبة ذاتها ، كتشريع عقوبة القصاص التي تظهر فيها عدالة العقوبة جليا ، و من خلال مجموع النصوص الشرعية غير المباشرة .

المطلب الأول

من خلال النصوص المباشرة

تبين في المطالب السابقة أن الشارع الحكيم شرع العفو في مقابل العقوبة ، فكلما بين طبيعة العقوبة ذاتها أتبعها بالعفو و استحسنه سواء كان الأمر تعلق بعقوبة القصاص أو تعلق بعقوبات الحدود قبل وصول إلى الحاكم أو ما يمثله .

لكن الناظر إلى الأدلة السابقة قد يصل إلى فكرة مفادها : أنه مادام الشارع ندب إلى العفو في مقابل العقوبة ، فهذا يدل على أن العفو عن الجاني أفضل و أحسن من عقوبته وهذا ما أشار إليه المفسرون سابقا عند تفسيرهم للنصوص المباشرة .

فهل هذا التوجيه يمكن تعميمها في كل الأحوال ؟

للإجابة على هذا التساؤل ، لا بد النظر إلى تصرف الشارع في هذه القضية من خلال النصوص الشرعية المباشرة بعيدا عن التفصيلات الفقهية ، و سيتعين أخذ عقوبة القصاص كمثال لبيان ذلك باعتباره يمثل العدالة العقابية و تتحقق فيه الأصول المعنوية للعقوبة، كوجوب التماثل و التكافؤ و المساواة . فالمعلوم فقها أن عقوبة القتل تأتي على أربعة: قصاصا و حرابة و غيلة و بغيا ، فالأول شرع معها العفو ، و الثاني حرم فيها العفو ، الثالث اختلف فيه بين كونه أكثر شبها للحرابة أو للقصاص، و أما الرابع فشرع معها العفو سياسة[1] .

فالجرائم المرتكبة و إن كانت تتفق في الطبيعة التي هي القتل ، إلا أنها اختلفت في العقوبة و اختلف حكم العفو فيها ، هذا من جهة . من جهة ثانية ، دل النص الشرعي أن تنفيذ عقوبة القصاص حياة للبشر في قوله ﷻ : ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ ، (البقرة : 179) . ففيها ما يدل على أن إقامة القصاص في قتل القاتل المتعمد حكمة عظيمة الشأن ، تتجلى في : بقاء المهج و صونها ، بحيث إذا علم الجاني أنه سوف يكون جزاءه بمثل ما فعل انكف ضرورة عن صنيعه [2].

و في الآية نفسها ، يمكن أن يكون المقصود معونة الولي على قتل القاتل و تمكينه منه قصاصا لدفع شره عن نفسه [3]، لأن فيه صيانة دمه من أن يذهب هدرا ، فإن الحياة

---

[1] – ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج** ، اعتنى به : محمد خليل عيتاني ، ط3 (دار المعارف

بيروت ، لبنان : 2007) ، ج4 ص: 163 ، و ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج6 ص: 127 .

[2] – ينظر : ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، ج1 ص: 357 .

[3] – السرخسي ، **المبسوط** ، تحقيق : خليل محي الدين الميس ، ط1 (دار الفكر ، بيروت ، لبنان : 2000م)، ج 26 ص: 106 .

الحقيقية لا يمكن ردها ، إنما يمكن أن ترد حياته المعنوية ، و ذلك باحترام دمه من الهدر و الضياع [1].

إذن ، فقد ينعكس حكم العفو من الندب إلى الترك في بعض الأحيان و ترجيح جانب العقوبة ، كما فعل النبي ﷺ مع عائشة – رضي الله عنها – حينما أسمعتها زينب – رضي الله عنها – بحضرته .

فعن عروة بن الزبير قال : ﴿ **قالت عائشة : ما علمت حتى دخلت علي زينب بغير إذن وهي غضبى ، ثم قالت : يا رسول الله أحسبك إذا قلبت بنية أبي بكر ذريعتيها ، ثم أقبلت علي فأعرضت عنها حتى قال النبي ﷺ : دونك فانتصري ، فأقبلت عليها حتى رأيتها و قد يبس ريقها في فيها ما ترد شيئا ، فرأيت النبي ﷺ يتهلل وجهه** ﴾ [2].

لكن في المقابل يمكن أن يكون العفو ممدوحا عند الانتصار ، و أقصد بذلك عند تمكين أولياء الدم من الجاني و قد مثل أمامهم للأخذ بالقصاص .

فالناس عادة إذا أصابهم البغي بالظلم ، فإنها تريد الانتقام و الزيادة في ذلك ، حتى إذا تمكنت من صاحبها فقد تزيد من ظلمها للظالم .

و لذلك ، فسر الرازي قوله ﷻ : ﴿ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾ ، (الشورى : 40) أن فيها تنبيه على أن الانتصار لا يكاد يؤمن منه الحيف و التجاوز و التشويه و التعدي خصوصا في حال التهاب الحمية ، فربما صار المظلوم عند الإقدام على استيفاء القصاص ظالما [3].

---

[1] – أبو زهرة ، **العقوبة** ، ص: 343 .

[2] – أخرجه ابن ماجة في **السنن** ، كتاب النكاح ، رقم : 1971 .

[3] – ينظر : **التفسير الكبير** ، ج27 ص: 181 .

و لذلك ، فإن ندب الشارع للعفو في مقابل العقوبة ليس لازما في كل الأحوال ، و لكن يختلف بحسب كل جريمة و عقوبتها ، و إدراك ذلك يحتاج إلى موازنة يعرف من خلالها العقوبات التي يندب فيها العفو من العقوبات التي لا يندب فيها ذلك .

المطلب الثاني

من خلال مجموع النصوص الشرعية

المقصود من ذلك : النصوص غير المباشرة ، و هي النصوص التي تضمنت جزاء الإساءة عامة في جميع الأحوال ، و قد أشير إلى بعضها في معرض الكلام عن شمولية ملازمة العفو للعقوبة.

و مما تقرر سابقا : أن الشارع الحكيم أراد من ملازمة العفو للعقوبة الموازنة بينهما ، وإن فضل العفو على العقوبة فهذا ليس في جميع الأحوال ، فهناك من الأحوال ما تفضل فيها العقوبة على العفو .

و لكن بقي البحث عن المعنى الذي بنيت عليه هذه الموازنة ، و لبيان ذاك لا بد من مقدمتين :

المقدمة الأولى : أن فهم هذا المعنى لا بد أن يكون انطلاقا من الوحدة القرآنية ، بمعنى : أنه هناك صلة بين مجموع الآيات القرآنية من خلالها يفهم مقصود الشارع .

المقدمة الثانية : أن قضية الموازنة بين العقوبة و العفو تتضح جليا من خلال النظر الكلي للنظام العقابي ، و ليس من خلال التقسيم النظري للعقوبات من قصاص و حدود وتعازير ، فتدرس هذه العقوبات على أنها وحدة كلية للعقوبة في الفقه الإسلامي .

فالملاحظ أن الشارع الحكيم أشار إلى بعض المعاني التي تعتبر كأساس للموازنة بين العقوبة و العفو ، و من خلالها يعرف متى يكون العفو ممدوحا و متى يكون الانتصار للعقوبة ممدوحا ، و هذا يتجلى من خلال نصوص قرآنية و نبوية أخرى غير التي ذكرت آنفا ، و من ذلك :

1- قوله ﷻ : ﴿ ٱسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ إِن تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَن يَغْفِرَ ٱللَّهُ لَهُمْ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ كَفَرُوا۟ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۗ وَٱللَّهُ لَا يَهْدِى ٱلْقَوْمَ ٱلْفَٰسِقِينَ ﴾ ، (التوبة: 80) .

و الآية فيها حسم لمادة الاستغفار لقوم لا ينفعهم الاستغفار لهم و هم المنافقون ، والمغفرة هي في معنى العفو[1] .

فالسبعين إنما ذكرت حسما ، لأن العرب في أساليب كلامها تذكر السبعين في مبالغة كلامها و لا تريد التحديد ، و قيل أن لها مفهوم ، كما روي عن ابن عباس – رضي الله عنهما– أن رسول الله ﷺ لما نزلت هذه الآية قال : **إنما خيرني الله** فقال : ﴿ ٱسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ إِن تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً ﴾ **و سأزيد على السبعين** .[2] ، فقال الله تعالى من شدة غضبه عليهم : ﴿ سَوَآءٌ عَلَيْهِمْ أَسْتَغْفَرْتَ لَهُمْ أَمْ لَمْ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ لَن يَغْفِرَ ٱللَّهُ لَهُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَهْدِى ٱلْقَوْمَ ٱلْفَٰسِقِينَ ﴾ ، (المنافقون : 6) .

فلما اشتهروا بالفسق و قد كانوا يدعون إلى العدول عن ذلك ، حكم الله بفسقهم ، فلا ينفعهم استغفارهم ، لأنه أصلا قد امتلأت قلوبهم بالفسق فلا عفو لهم .

---

[1] – ينظر : ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، ج4 ص: 165 .

[2] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب التفسير ، باب قوله تعالى : ٱسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ إِن تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَن يَغْفِرَ ٱللَّهُ لَهُمْ رقم : 4670 ، ص: 848 .

2– قوله ﷻ : ﴿ وَإِذَآ أَرَدۡنَآ أَن نُّهۡلِكَ قَرۡيَةً أَمَرۡنَا مُتۡرَفِيهَا فَفَسَقُواْ فِيهَا فَحَقَّ عَلَيۡهَا ٱلۡقَوۡلُ فَدَمَّرۡنَٰهَا تَدۡمِيرٗا ﴾ ، (الإسراء : 16) .

ما رواه ابن جرير عن ابن عباس تفسيرا لهذه الآية : أمرناهم بالطاعات ففعلوا الفواحش فاستحقوا العقوبة[1] . و المخالفة التي وقعت منهم كانت إصرار و عنادا على الفسق ، فكانت العقوبة حق و واجب وقوعها عليهم[2] .

بل أصبح إنزال العقاب عليهم مشروع ، لأن الله ﷻ لا يعذب قوما إلا بعد البيان عن طريق الرسل ، فإن كان هناك إصرار على الجريمة تحققت العقوبة ،لقوله ﷻ :﴿ ذَٰلِكَ أَن لَّمۡ يَكُن رَّبُّكَ مُهۡلِكَ ٱلۡقُرَىٰ بِظُلۡمٖ وَأَهۡلُهَا غَٰفِلُونَ ﴾ ، (الأنعام : 131) ، و قوله ﷻ : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبۡعَثَ رَسُولٗا ﴾ ، (الإسراء : 15) ، و قوله ﷻ : ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهۡلِكَ ٱلۡقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبۡعَثَ فِيٓ أُمِّهَا رَسُولٗا يَتۡلُواْ عَلَيۡهِمۡ ءَايَٰتِنَاۚ وَمَا كُنَّا مُهۡلِكِي ٱلۡقُرَىٰٓ إِلَّا وَأَهۡلُهَا ظَٰلِمُونَ ﴾ ، (القصص : 59) .

فانظر كيف كانت العقوبة ضرورية في موضع كان الجاني مصرا و معاندا على جريمته رغم البيان و التحذير و التهديد ، فلا ريب من منع العفو عن هؤلاء .

3– و لتأكيد هذا المعنى ، ما روي من حديث أنس بن مالك ﷺ **أن يهوديا رض[3] رأس جارية ، فقيل لها : فعل بك هذا أفلان أو فلان ؟ حتى سمي اليهودي ، فأتى به النبي ﷺ فلم يزل حتى أقر به فرض رأسه بالحجارة** [4] .

---

[1] – نقلا من : ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، ج5 ص: 57 .

[2] – ينظر : الرازي ، **التفسير الكبير** ، ج20 ص: 176 .

[3] – الرض : الدق و الكسر ، ينظر : الفيروزآبادي ، **القاموس المحيط** ، ص: 829 .

[4] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب الديات ، باب سؤال القاتل حتى يقر، رقم : 6876 ، ص:1247 .

و هذا النص يدل على أن الرسول ﷺ لم يشرع العفو و إن كانت العقوبة هي عقوبة القصاص ، حتى أن بعض الفقهاء في معرض الاستدلال على مذهبه ، ذهب إلى بيان الحكمة التي من أجلها الرسول ﷺ لم يقل بعفو لصالح أولياء الدم ، على أن ذلك اليهودي عرف بكثرة فساده و قتله للصبيان[1] .

و قد استدل به الفقهاء على أن القتل بالمثقل موجب للقصاص و هو ظاهر الحديث ، و هذا قوي من جهة المعنى مفاده : أن صيانة الدماء من الإهدار أمر ضروري ، و القتل بالمثقل كالقتل بالمحدد في إزهاق الأرواح ، فلو لم يجب القصاص بالقتل المثقل ، لأدى ذلك إلى أن يتخذ ذريعة إلى إهدار القصاص و هو خلاف المقصود من حفظ الدماء[2] .

4- و من ذلك ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه ﴿ **أن رهطا من عكل أو قال عرينة ، ولا أعلمه إلا قال من عكل ، قدموا المدينة ، فأمر لهم النبي ﷺ بلقاح و أمرهم أن يخرجوا فيشربوا من أبوالها و ألبانها ، فشربوا حتى إذا برؤوا قتلوا الراعي و استاقوا النعم ، فبلغ النبي ﷺ غدوة ، فبعث الطلب في إثرهم ، فما ارتفع النهار حتى جيء بهم ، فأمر بهم فقطع أيديهم وأرجلهم و سمر أعينهم ، فألقوا بالحرة يستقون فلا يسقون** ﴾[3] .

فلم يعف عنهم النبي ﷺ لكثرة فسادهم و لذلك قال أبو قلابة مبينا فساد هؤلاء القوم :«هؤلاء قوم سرقوا و قتلوا و كفروا ، بعد إيمانهم و حاربوا الله و رسوله ﷺ»[4].

---

[1] – ينظر : الصنعاني ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام** ، تحقيق محمد الدالي بلطه (المكتبة العصرية ، بيروت : 2008) ، ج3 ص: 420 .

[2] – ينظر : ابن دقيق العيد ، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام** ، ج1 ص: 431 .

[3] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب المحاربين من أهل الكفر و الردة ، باب سمر النبي ﷺ أعين المحاربين رقم : 6805 .

[4] – نقلا عن : البغوي ، **شرح السنة** ، ج10 ص: 257 .

5- و يقول الله ﷻ : ﴿ إِنَّمَا ٱلتَّوۡبَةُ عَلَى ٱللَّهِ لِلَّذِينَ يَعۡمَلُونَ ٱلسُّوٓءَ بِجَهَٰلَةٖ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِن قَرِيبٖ فَأُوْلَٰٓئِكَ يَتُوبُ ٱللَّهُ عَلَيۡهِمۡۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمٗا ١٧ وَلَيۡسَتِ ٱلتَّوۡبَةُ لِلَّذِينَ يَعۡمَلُونَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ حَتَّىٰٓ إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ ٱلۡمَوۡتُ قَالَ إِنِّي تُبۡتُ ٱلۡـَٰٔنَ وَلَا ٱلَّذِينَ يَمُوتُونَ وَهُمۡ كُفَّارٌۚ أُوْلَٰٓئِكَ أَعۡتَدۡنَا لَهُمۡ عَذَابًا أَلِيمٗا ﴾ ، (النساء : 17-18) .

فانظر كيف وازن الله ﷻ بين التوبة التي تقبل و التوبة التي لا تقبل .

فالتوبة قبل الموت دلالة صحتها قوية ، لأن الرجاء باق ، و لأن صاحبها تتراءى فيه بوادر الندم و يشتد عزمه على ترك السوء ، و لذلك قال النبي ﷺ : « **إن الله يقبل توبة العبد ما لم يغرغر** »[1].

و لقد أحسن محمود الوراق في قوله :

قدم لنفسك توبة مرجوة　　　قبل الممات و قبل حبس الألسن

بادر بها غلق النفوس فإنها　　　ذخر و غنم للمنيب المحسن

بخلاف التوبة بعد الظفر و عند الموت ، فإنها لا تنفع العصاة بأي حال .

و لذلك اتفق الفقهاء على أن التوبة لا تنفع الجاني إذا قامت الشهادة على إتيان الجريمة

كالسرقة أو الزنا أو القذف ، فتقام الحدود من غير عفو ، بخلاف إذا تاب الجاني قبل وصول أمره إلى الحاكم .

[1] – أخرجه الترمذي في **الجامع** ، كتاب الدعوات ، باب في فضل التوبة ، رقم : 3537.

و انظر إلى صنيع ابن عباس مع من جاءه يسأله عن توبة القاتل ، فأجابه بخلاف الأصل[1]، فعن يزيد بن هارون أنه قال : أخبرنا أبو مالك الأشجعي عن سعد بن عبيدة قال : **جاء رجل إلى ابن عباس فقال** : **ألمن قتل مؤمنا متعمدا توبة ؟ قال** : **لا إلا النار** ، **قال**: **فلما ذهب قال له جلساؤه** : **أهكذا كنت تفتينا ؟ كنت تفتينا أن لمن قتل توبة مقبولة** ، **قال** : **إني لأحسبه رجلا مغضبا يريد أن يقتل مؤمنا** ، **قال** : **فبعثوا في إثره فوجدوه كذلك** [2].

و بحسب ما تبين سابقا ، فإن الذي تبين فساده و اشتهر بذلك و الذي أصر على الذنب و المعصية ، فإنه لا تنفعه توبة و الأفضل عدم العفو عنه ، فقد يزيده العفو جرأة و ظلما .

و ما جرى عليه الفقهاء بالنسبة للجاني الذي ارتكب حدا من حدود الله و لم يصل أمره إلى الحاكم ، أن يترك العفو عنه إذا تبين إصراره على الجريمة و لم تتبين بوادر التوبة فيه كاشتهاره بالفساد .

و في مقابل ذلك نجد نصوصا أخرى ترغب في العفو على من اتضحت فيه بوادر التوبة و الندم ولم يشتهر بالفساد و إنما هي الزلة و الفلتة ، ومن النصوص في ذلك :

1- قوله ﷻ : ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَا فَعَلُواْ فَٰحِشَةً أَوۡ ظَلَمُوٓاْ أَنفُسَهُمۡ ذَكَرُواْ ٱللَّهَ فَٱسۡتَغۡفَرُواْ لِذُنُوبِهِمۡ وَمَن يَغۡفِرُ ٱلذُّنُوبَ إِلَّا ٱللَّهُ وَلَمۡ يُصِرُّواْ عَلَىٰ مَا فَعَلُواْ وَهُمۡ يَعۡلَمُونَ ﴿١٣٥﴾ أُوْلَٰٓئِكَ

---

[1] – الأصل في ذلك أن القاتل له توبة ، و هو مذهب الجمهور ، ينظر : القرطبي ، **الجامع** ، ج5 ص: 250 و ينظر : المرداوي ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، ط1 (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : 1419 هـ) ، ج10 ص: 252 ، و ينظر : البهوتي ، **كشف القناع عن متن الإقناع** ، ج5 ص: 504 .

[2] – أخرجه ابن أبي شيبة في **مصنفه** ، ج5 ص: 435 .

جَزَآؤُهُم مَّغْفِرَةٌ مِّن رَّبِّهِمْ وَجَنَّٰتٌ تَجْرِى مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَٰرُ خَٰلِدِينَ فِيهَا ۚ وَنِعْمَ أَجْرُ ٱلْعَٰمِلِينَ ﴾ ، (آل عمران : 135–136) .

و هؤلاء صدر عنهم الذنب فأتبعوه بالتوبة و الاستغفار ، فلم يستمروا في المعصية و لم يصروا على ذلك [1]، لقوله ﷺ : ﴿ **ما أصر من استغفر و لو فعله في اليوم سبعين مرة** ﴾[2] بل كانت العزيمة قوية للتوبة ، فكان مقابل ذلك عفو من الله ﷻ : ﴿ أُوْلَٰٓئِكَ جَزَآؤُهُم مَّغْفِرَةٌ مِّن رَّبِّهِمْ ﴾ ، فرتب تعالى بفضله و كرمه غفران الذنوب لمن أخلص في توبته و لم يصر على ذنبه[3] .

و قد دلت الآيتان الكريمتان على عظم فائدة الاعتراف بالذنب و الاستغفار ، قال ﷺ : ﴿ **إن العبد إذا اعترف بذنبه ثم تاب إلى الله تاب الله عليه** ﴾ [4].

و من ذلك قول أبي سعيد أحمد بن محمد الزبيري :

يستوجب العفو الفتى إذا اعترف   بما جنى من الذنوب و اقترف

لقوله سبحانه في المعترف   إن ينتهوا نغفر لهم ما قد سلف

2– و من ذلك قوله ﷻ : ﴿ وَمَن يَعْمَلْ سُوٓءًا أَوْ يَظْلِمْ نَفْسَهُۥ ثُمَّ يَسْتَغْفِرِ ٱللَّهَ يَجِدِ ٱللَّهَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴾ ، (النساء : 110) ، و قد دلت الآية على أن التوبة مقبولة من جميع

---

[1] – ينظر : ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، ج2 ص: 101 .

[2]– أخرجه الترمذي في الجامع عن أبي بكر رضي الله عنه ،كتاب الدعوات ، باب في دعاء النبي ﷺ ، رقم : 3559.

[3] – القرطبي ، **الجامع** ، ج4 ص: 165 .

[4] – أخرجه البخاري في **صحيحه** عن عائشة رضي الله عنها– ،كتاب الشهادات ، باب تعديل النساء بعضهم بعضا رقم : 2661.

الذنوب ، سواء كان كفرا أو قتلا أو غصبا للأموال[1] .

3- و قوله ﷻ : ﴿ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُعَذِّبَهُمۡ وَأَنتَ فِيهِمۡۚ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ مُعَذِّبَهُمۡ وَهُمۡ يَسۡتَغۡفِرُونَ ﴾ ، (الأنفال : 33) .، فالاستغفار و إن وقع من الفجار يدفع به ضرب من الشرور و الأضرار[2] .

4- و قوله ﷻ : ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغۡفَرۡ لَهُم مَّا قَدۡ سَلَفَ وَإِن يَعُودُواْ فَقَدۡ مَضَتۡ سُنَّتُ ٱلۡأَوَّلِينَ ﴾ ، (الأنفال : 38) ، و هذا من لطائف سبحانه و تعالى منّ بها على خلقه ممن ارتكب الكفر و المعاصي و المآثم ، فلو كان ذلك يوجب المؤاخذة لهم ، لما استدركوا أبدا توبة ، فيسر الله لهم قبول التوبة عند الإنابة و الاستغفار .

5- و قوله ﷻ : ﴿ وَإِذَا جَآءَكَ ٱلَّذِينَ يُؤۡمِنُونَ بِـَٔايَٰتِنَا فَقُلۡ سَلَٰمٌ عَلَيۡكُمۡۖ كَتَبَ رَبُّكُمۡ عَلَىٰ نَفۡسِهِ ٱلرَّحۡمَةَۖ أَنَّهُۥ مَنۡ عَمِلَ مِنكُمۡ سُوٓءَۢا بِجَهَٰلَةٖ ثُمَّ تَابَ مِنۢ بَعۡدِهِۦ وَأَصۡلَحَ فَأَنَّهُۥ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ﴾ ، (الأنعام : 54) .

فالذي يتحصل من مجموع النصوص التي ذكرت سابقا ، أن الشارع الحكيم قصد من تفضيل العفو على العقوبة ، إذا كان في العفو جبرا للأحزان و تقوية صلة الرحم ، وكان المعفى عنه من التائبين النادمين ، لم يشتهر بالفساد أو بالفجور أو لم يكن من المصرين و المعاندين ، بخلاف من كان ذلك دأبه فإن العقوبة عليه واجبة و من الأحسن ترك العفو

---

[1] – ينظر : الرازي ، **التفسير الكبير** ، ج11 ص:37 .

[2] – ينظر : القرطبي ، **الجامع** ، ج7 ص: 288 .

عنه ، فهذه المعاني هي في حقيقتها تمثل مبدأ عاما للفقيه للموازنة بين العقوبة و العفو، و معرفة متى يكون العفو أفضل و متى تكون العقوبة أوجب .

الفَصْلُ الثَّانِي

أدلة الموازنة من خلال الاجتهاد الفقهي و إشكالاته و قواعده



و يتضمن المباحث التالية :

- **المبحث الأول** : الاجتهاد الفقهي و إشكالاته.
- **المبحث الثاني** : القواعد التي بنيت عليها الإشكالات الفقهية .

المبحث الأول

الاجتهاد الفقهي

و فيه ذكر أدلة الموازنة بين العقوبة و العفو من خلال ما تقرر عند الفقهاء من اجتهاداتهم ، و توجيهاتهم الفقهية لهذه الاجتهادات .

و قبل بيان ذلك ،كان من اللازم أن نبين بعض الإشكالات الفقهية و الأصولية التي تمثل المنطلقات المبدئية والتي بنيت عليها التوجيهات الفقهية ، وأثارت فكرة الموازنة بين العقوبة و العفو .

المطلب الأول

الإشكالات الأصولية و الفقهية

وقع الفقهاء في إشكالات جاءت على صورة الخلاف الفقهي في مسائل شتى تتعلق بالنظام العقابي ، خاصة في المسائل التي وقع فيها التخيير بين العقوبة و العفو أو مما هو في محل العفو كالشبهة و غيرها .

و قبل أن يكون الإشكال ذا صبغة فقهية ، فإن علماء الأصول ذكروا إشكالا يعد من أصول الأحكام كلها تتعلق بالموضوع .

الفرع الأول

الإشكالات الأصولية

هناك إشكال عام ذكره علماء أصول الفقه في معرض بيان فائدة النسخ ، يدخل من ضمن قواعد الترجيح العامة عند موضع التعارض أو التساوي ، و قد بنيت على طرفيه

أصول الأحكام من بينها أحكام النظام العقابي .

و هناك إشكال خاص يتعلق بموضوع المسألة نفسها ، يدخل ضمن البحث عن أولوية العفو أو العقوبة .

– **الإشكال الأول** : و مفاده : أن الملاحظ أن الشارع الحكيم تنوعت أحكامه بين التخفيف و التشديد ، فقد يذكر الحكم و ينص على التخفيف أو ينص على التشديد ، و هذا أمر فيه بيان من الشارع .

لكن قد يأتي من الأحكام التي بنيت على التخيير ، و لم يبين فيه الشارع إرادة التخفيف أو التشديد ، أو أن الحكم دار بين ما يقتضي التخفيف و ما يقتضي التشديد ، فأيهم يقدم ، هل الأخف أم الأشد ؟

فهنا اختلف العلماء بين فريقين :

1– فريق أخذ بالأخف من خلال الاسترشاد بالأصول العامة في التشريع ، مفاده : **أن الأمر الذي لم ينص على حكمه ، إذا دار بين ما يقتضي التشديد على الناس و بما يقتضي التخفيف عليهم ، يرجح جانب التخفيف .**

و استدلوا على ذلك بقوله ﷻ : ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ ﴾ (البقرة : 185) ، و قوله ﷻ : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖ ﴾(الحج : 78) و ظاهر النصين على إرادة التيسير و التخفيف ، و الأشد يدل على إرادة العسر والتشديد فيكون ذلك خلاف النص فلا يجوز[1] .

و يشهد لذلك القواعد الكبرى التي اشتهرت بين العلماء ، كقاعدة **الضرر يزال**

[1] – ينظر : البخاري ، **كشف الأسرار** ، تحقيق : محمد المعتصم بالله البغدادي ، ط3 (دار الكتاب العربي ، بيروت : 1997 م) ، ج3 ص: 353 .

وقاعدة **دفع أعظم المفسدتين بأدناهما**[1] .

و لأن العمل على الأشد أبعد في المصلحة لما فيه من إضرار في حق المكلفين ، فالطباع البشرية تميل إلى الأسهل أكثر من ميلها إلى الأشد [2].

2- فريق أخذ بالأشد ، باعتبار أن الرحمة قد تكون بالأشد أكثر من الأخف ، لأن فيه تكثير للثواب و الله ﷻ لا يضيع عمل عامل ، فتكثير الثواب في الأشد يصيره خفيفا على العامل يسيرا عليه لما يتصور من جزالة الجزاء [3].

و قد يكون العمل بالأشد منه الخير أكثر من الأخف ، لقوله ﷻ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ ۖ وَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ وَعَسَىٰٓ أَن تُحِبُّوا۟ شَيْـًٔا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ ۗ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ (البقرة : 216) .

وهذا الخلاف لا ينفي قضية اليسر في الشريعة و على أنها بنيت على السهولة ، فذلك مقرر بالاتفاق ، و هي خاصية لا تنفك عن التشريع العام ، و إنما الخلاف مرده النظر إلى بناء الأحكام على التوسط و الاعتدال .

فقد لوحظ من خلال استقراء الأحكام الشرعية ، أن الشارع الحكيم وازن بين التشديد و التخفيف ، فلم يجعل الأحكام كلها مبنية على التشديد ، و في المقابل روعي اجتناب التخفيف الذي يؤدي إلى التحلل من الأحكام .

---

[1] – ينظر : السبكي ، **الأشباه و النظائر** ، ط1 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1991) ، ج1 ص: 41 .

[2] – ينظر : الآمدي ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، تحقيق : سيد الجميلي ، ط2 (دار الكتاب العربي ، بيروت: 1986م) ، ج3 ص: 151 .

[3] – ينظر : الشوكاني ، **إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول** ، تحقيق : محمد سعيد البدري (دار الفكر ، بيروت: 1992) ص: 314 ، و ينظر : و ابن حزم ، **الإحكام في أصول الأحكام** (دار الفكر ، بيروت : 2007 م) ، ج1ص: 366 وما بعدها .

ووجه علاقة هذا الإشكال بالموضوع : أن الشارع الحكيم خير هذه الأمة عن باقي الأمم السابقة بين العفو و القصاص ، و هذا التخيير كان من باب التخفيف على هذه الأمة في قوله ﷻ : ﴿ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞ ﴾(البقرة : 178) ، باعتبار أن الأخذ بالعفو هو الأخف و أن الأخذ بالقصاص هو الأشد ، و قد تقرر سابقا أن الندب للعفو من طرف الشارع لا يلزم أولويته ، بدليل أن الشارع قد أشار إلى أفضلية الأشد الذي هو القصاص، في قوله ﷻ : ﴿ وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَلۡبَٰبِ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ﴾ (البقرة : 179)، فكان على الفقهاء ضبط مواطن العفو .

- **الإشكال الثاني** : و من الإشكالات التي تدخل ضمن صلب الموضوع مباشرة وهو ما ذكره الشوكاني ، أنه هناك خلاف وقع بين العلماء في بيان الأولى للمظلوم ، هل العفو عن ظالمه أو الترك ؟

فذكر أن في المسألة فريقان :

1- فريق رجح العفو ، لأن الشارع إنما ندب إلى العفو لما فيه مصلحة راجحة على مصلحة الانتصار من الظالم و الإنصاف منه ، و لأن العافي له من الأجر من ظالمه فوق ما يستحق من العوض عن تلك المظلمة .

2- فريق رجح الترك ، و ذلك لعدم معرفة ما هو الأنفع من الناحية العامة ، هل هو الأخذ بالظالم أم أجر العفو ؟

فأجاب الشوكاني بما يلي : « « غاية هذا عدم الجزم بأولوية العفو لا الجزم بأولوية الترك الذي هو الدعوى ، ثم الدليل قائم على أولوية العفو ، لأن الترغيب في الشيء يستلزم

راجحيته ، ولا سيما إذا نص الشارع على أنه من موجبات رفع الدرجات وحط الخطيئات و زيادة العز كما وقع في أحاديث الباب ، و نحن لا ننكر أن للمظلوم الذي لم يعف عن ظلامته عوضا عنها ، فيأخذ من حسنات ظالمه أو يضع عليه سيئاته ، و لكنه لا يساوي الأجر الذي يستحقه العافي . لأن الندب إلى العفو و الإرشاد إليه و الترغيب فيه يستلزم ذلك ، و إلا لزم أن يكون ما هو بتلك الصفة مساويا أو مفضولا ، فلا يكون للدعاء إليه فائدة على فرض المساواة أو يكون مضرا بالعافي على فرض أن العفو مفضول ، لأنه كان سببا في نقصان ما يستحقه من عوض المظلمة ، و اللازم باطل فالملزوم مثله .»[1].

و إجابة الشوكاني لا تدل على أولوية العفو ، لأن الرد كان لبيان مغالطة الخصم ، باعتبار أن المسألة ليست مسألة ترك العفو جملة ، لأنه تقرر شرعا ندب العفو في مقابلة العقوبة ، و إنما المسألة بيان الأولوية هل العقوبة أم العفو ؟

– و قد ذكر العز بن عبد السلام من جنس هذه المسألة ، من خلال الرد على من ترك العفو جملة و ذهب إلى أنه ينبغي أن لا يعفو عن الظالم ، و السبب في ذلك : حتى لا يجترئ الفساق و الظلمة على المظالم و الحقوق ، فقال :« و هو بعيد عن القواعد ، لأن الغالب ممن يعفى عنه أنه يستحي و يرتدع عن الظلم و لا سيما ظلم المعافي . و لأن العفو لا يؤدي إلى الجرأة غالبا ، إذ لا يعفو من الناس إلا القليل ، و قد مدح الله العافين عن الناس ، وهو عفو يحب العفو ، و قد رغب في العفو بقوله ﷻ : ﴿ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ ﴾ ،(الشورى : 40) »[2].

---

[1] – الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج7 ص: 34 .

[2] – ابن عبد السلام ، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ، تحقيق : محمود بن التلاميد الشنقيطي (دار المعارف ، لبنان) ج2 ص: 162 .

و لا زالت المسألة لم تفصل بعد ، لأن ما ذكره العز هو تقرير ندب العفو و فضله لا بيان أولويته .

- و ذكر البعض أن الشارع لما أثبت التخيير بين إقامة القصاص و بين أخذ الدية أو العفو مجانا ، فمن الأحسن قتل القاتل ، لأنه رادع لغيره ، فيتحقق بذلك ما قصده الشارع من قوله ﷻ : ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَـٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾

(البقرة :179).

و رد على القول أنه لو كان الحد شرع للردع فقط ، لم يشرع العفو عن القاتل ، فتشريع العقوبة لا يقصد منها الردع فقط ، فقد يقصد منها التأديب ، و يمكن أن يحصل ذلك بالعفو [1].

الفرع الثاني

الإشكالات الفقهية

و هي تدخل من باب الخلاف الفقهي في مسائل تتعلق بالموضوع ، لكن في نفس الوقت هي إشكالات ، لأن الأمر يتعلق بحفظ ما قصد الشارع حفظه من نفس أو عقل أو نسل أو عرض أو مال ، و هذه أمور تقوم بها الحياة ، فقد يتحقق ذلك بالعفو أو قد يتحقق بالعقوبة .

و من ذلك :

[1] – ينظر :العسقلاني ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، (دار المعرفة ، بيروت : 1379 هـ) ، ج1 ص: 68 .

1- اختلافهم في عفو المقذوف عن القاذف قبل الوصول إلى الإمام أو بعده ، فهناك من يرى جواز العفو و هناك من يرى عدم جوازه .

2- كذلك اختلافهم في قضية الشبهة التي تسقط العقوبة ، فهناك من يتعلل على سقوط الحد بقوة الشبهة ، في المقابل يرى الخصم أن هذه الشبهة ليست قوية حتى تسقط العقوبة

3- و هل التوبة تسقط الحد أم لا ؟ فاختلفوا فهناك من يرى أن التوبة بادرة من بوادر استجلاب الرحمة و العفو و هو دأب الشارع في عدم معاقبة التائب ، و البعض الآخر يرى خلاف ذلك ، باعتبار التوبة تنفع صاحبها ، و العقوبة يتعلق بها حق الجماعة .

و هذا الاختلاف في حقيقته مؤثر جدا ، لأنه يتعلق بما يحفظ الحياة و قوامها من العدم وقد يلحق بالنفس الأثر الكبير و الضرر الشديد عليها سواء كان مخرج الخلاف العفو أو تأكيد العقوبة .

4- و كذلك اختلف الفقهاء في قضية الستر ، باعتبار أنه فيه دلالة لترجيح جانب العفو على العقوبة ، و ذلك في بيان الأفضلية فهل الأفضل الستر أم الشهادة و الإقرار بالعقوبة ؟

و ذلك من جهتين ، من جهة الجاني نفسه ، و من جهة إقامة الشهادة .

أ- **من جهة الجاني نفسه** : ، فقد اختلف الفقهاء في بيان الأفضل له في ذلك هل الستر أم الإقرار بالجريمة ؟

1- فمنهم من يرى أن الستر أفضل ، بل يندب له ستر نفسه و يلزمها التوبة ولا يرفع أمره إلى الحاكم ، ولا يكشف لأحد كائنا من كان ، لأن ذلك يدخل من جانب إشاعة

الفاحشة التي نبه إليها الشارع بالوعيد قال ﷻ : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِي ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي ٱلدُّنْيَا وَٱلْأٓخِرَةِۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ ، (النور : 19).

و من جهة أخرى فإنه هتك لستر الله تعالى و مجاهرة بالمعصية ،لقوله ﷺ : « **أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله ، من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله ، فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله** »[1]، و قوله ﷺ : « **كل أمتي معافى إلا المجاهرين ، و إن من المجاهرة أن يعمل الرجل بالليل عملا ثم يصبح و قد ستره الله فيقول : يافلان عملت البارحة كذا و كذا ، و قد بات يستره ربه و يصبح يكشف ستر الله عليه** »[2].

و الشارع الحكيم يتشوف إلى الستر على المؤمن و عدم فضحه ، فإن الحدود و إن كانت لن تشرع إلا للتطبيق ، إلا أن الشارع غلب حرمة المؤمن ما لم يجاهر بالمعصية وما لم يثبت ذلك عند الحاكم [3].

و لذلك نجد بعض الفقهاء أحب الستر في الحدود و إن كان ذلك يخالف لازم المذهب كالكاساني و هو حنفي المذهب ، فقال : « و الأفضل للمقذوف أن يترك الخصومة لأن في ذلك إشاعة للفاحشة »[4] ، رغم أن الخصومة في المذهب شرط ، إلا أن الكاساني مال إلى تركها ترجيحا للأفضل و هو الستر الذي يحمل معاني العفو .

---

(1) — سبق تخريجه .

(2) — سبق تخريجه .

(3) — عبد الرحمن بن صالح ، **القواعد و الضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير** ، ط1 (عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة : 2003) ، ج2 ص:672 .

(4) — الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5 ص: 516 .

2- و البعض الآخر قال بأفضلية الإقرار ترجيحا لجانب العقوبة لما وجد من الآثار الصحيحة و هي غاية في البيان و التي جاء فيها مدح النبي ﷺ توبة ماعز و الغامدية ، وما ذكره النبي ﷺ عن توبة ماعز فقال : ﴿ **لقد تاب توبة لو قسمت بين أمة لوسعتهم** ﴾[1]، و عن توبة الغامدية فقال ﷺ : ﴿ **لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس**[2] **لغفر له** ﴾[3]، و عن امرأة من جهينة فقال ﷺ : ﴿**لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم** ﴾[4].

بل قد رفع النبي ﷺ الإشكال جملة فقال : ﴿ **و هل وجدت توبة أفضل من أن جادت بنفسها لله تعالى** ﴾[5] .

فدل ذلك كله على أن الاعتراف بالذنب ليقام الحد أفضل من الاستتار ، و إن كان الستر مباحا[6] .

ب- **من جهة إقامة الشهادة** : فقد وقع إشكال بين الفقهاء في بيان الأولى بين إقامة الشهادة على الجاني أو الستر عليه و ذلك عند تقادمها.

فالذي عليه الفقهاء أن هذه القضية محمولة على التخيير ، بين إقامة الشهادة حسبة لله تعالى ، أو اختيار جانب الستر الذي هو مندوب إليه[7] .

---

[1] - أخرجه مسلم في **الصحيح** ،كتاب الحدود ، رقم : 3207 .

[2] - المكس : الجباية تؤخذ بغير حق ، ينظر : ابن منظور ، لسان العرب ، ج6 ص: 220 .

[3] - أخرجه مسلم في **صحيحه** ، كتاب الحدود ،رقم : 3208 .

[4] - أخرجه مسلم في **صحيحه** ،كتاب الحدود ، رقم : 3209 .

[5] - التخريج نفسه .

[6] - ينظر : ابن حزم ، **المحلى** ، ج8 ص: 151 .

[7] - ينظر : ابن عابدين ، **رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار** (دار الفكر ، بيروت : 2000) ، ج7ص:71 .

و قد كان لاختيار أحد طرفي المسألة في هذه القضية قويا ، ترتب عليها بعض الفروع الفقهية التي ستذكر من خلال هذا البحث ، كقضية تقادم الحدود و قضية شرط الخصومة فيها .

و الملاحظ من خلال تتبع فروع المسألة ، أن الفقهاء احتاطوا فيها كثيرا ، لأنها من المسائل التي تعم بها البلوى ، فقد يكون في اختيار الستر على الجاني مضار كثيرة ، و في المقابل قد يكون في اختيار إقامتها حصول ما يخالف مقصود الشرع منها ، فقد تتخذ الشهادة ذريعة لإفشاء عيوب الناس و كسر شوكة ذوي الهيئات منهم ، و في ذلك ظلم و إشاعة للفاحشة بعيدة عن مقصود الشارع .

فقد دلت النصوص الشرعية بحسب ظواهرها على اختيار جانب إقامتها ، لأن في ذلك إقامة لحدود الله ﷻ ، كقوله ﷻ : ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ ۚ ﴾(الطلاق : 02) ، و قوله ﷻ : ﴿ وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن كَتَمَ شَهَـٰدَةً عِندَهُۥ مِنَ ٱللَّهِ ۗ وَمَا ٱللَّهُ بِغَـٰفِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ (البقرة : 140) ، و قوله ﷻ : ﴿ ۗ وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾ (البقرة : 283)، و قوله ﷻ ﴿ ۚ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ ﴾ (البقرة : 282) .

في المقابل دلت نصوص أخرى على استحباب الستر ، كحديث عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : **المسلم أخو المسلم لا يظلمه و لايسلمه ، و من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته و من فرج عن مسلم كربة فرج الله بها عنه كربة من كربات يوم القيامة ، و من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة** [1] .

[1] – أخرجه البخاري في **صحيحه** من حديث عبد الله بن عمر – رضي الله عنهما – ، كتاب المظالم و الغصب ، رقم : 2262.

و النصوص في ذلك كثيرة ، حتى أضحى عند الفقهاء أنه يجب على من ألم بمعصية أن يستتر و لا يفضح نفسه كما تقرر سابقا ، و جاز للشاهد أن يختار جانب الستر بل هو الأفضل [1] ، و ذلك لما لاحظوه في تشريع أحكام الشهادة المبنية على الاحتياط الشديد فلم يقبل في الزنا إلا أربعة شهداء و قبل في القتل اثنين ، و عند المقارنة فإن الدماء أعظم من ذلك كله ، لكن المقصود الذي علمه الفقهاء كان الستر . و حتى في تحقيق الحد عند الشهادة ، فإن الفقهاء ضبطوا كلام الشاهد حتى لا يقع في الخطأ و التقدير ، و ألزموه بدقة الألفاظ التي يشهد بها كما هو الحال في الزنا و السرقة و التفصيل في ألفاظ القذف ، فالألفاظ في موضع الشهادة أوضاع شرعية و لا يقصد منها الألفاظ اللغوية ، كحال من ظن مطلق الأخذ في السرقة من غير تفريق بين ما أخذ من حرز أو أخذ من غير حرز ، و بين ما أخذ غصبا أو أخذ مغالبة أو مجاهرة .

لكن الملاحظ أن الشارع الحكيم كما حبب الستر أوجب الشهادة في مواضع منها ، قضية الملاعنة ، فلم يحرج الزوج الملاعن في البينة و خير في أيمانه و لم يجب عليه حد بذلك ، بخلاف ما هو مقرر في حد القذف ، فإن الشهادة فيه آكدة للوجوب و ذلك لشدة حاجة العبد في الذب عن نسبه و صون عياله و فرشه عن أسباب الارتياب[2] .

المطلب الثاني

التوجيهات الفقهية لهذه الإشكالات

إن الإشكالات السابقة كانت دافعا قويا لمعرفة متى تكون العقوبة أفضل و متى يكون العفو أو ما يدل عليه أحسن ، حتى لا يقع الظلم على الجاني أو المجني عليه ، و حتى

---

[1] – ينظر : العيني ، **البناية شرح الهداية** ، ج8 ص: 122 .

[2] – ينظر : القرافي ، **الذخيرة** ، ج10 ص: 45 .

يتحقق مع ذلك العدالة العقابية .

فكان من الضروري تحرير محل النزاع عن طريق توجيه المسائل بما يتوافق مع مقصود الشارع من العقوبة أو من العفو ، و إيجاد مخرج لها يناسب هذا المقصود .

و الظاهر أن هذه التوجيهات الفقهية روعي فيه اعتباران : اعتبار مبنى أصول الأحكام و اعتبار جسامة الضرر .

الفرع الأول

مبنى أصول الأحكام على التوسط و الاعتدال

المقرر عند الأصوليين و الفقهاء بالاتفاق و ذلك من خلال استقراء الأحكام الشرعية ، أن **مبناها على التوسط و الاعتدال**[1] ، بعيدا عن التشديد الذي يصل إلى حد المشقة والهلاك ، و بعيدا عن جانب التيسير الشديد الذي يصل إلى حد التحلل من الأحكام .

و لقد صبغت جميع أقوال الفقهاء عند موضع الفتوى بهذه الخاصية ، فكان من تقريراتهم : أن المفتي يختار عند الإفتاء التوسط ، لأنه من جنس الأخذ بالرفق و هو الأولى و الأحرى ، و هذا ملاحظ في جميع أبواب الفقه ، باعتبار أن ذاك يجري مجرى الشريعة ، يقول الشاطبي : « الشريعة جارية في التكليف بمقتضاها على الطريق الوسط الأعدل ، الأخذ من الطرفين بقسط لا ميل فيه ، الداخل تحت كسب العبد من غير مشقة عليه و لا انحلال ، بل هو تكليف جار على موازنة تقتضي في جميع المكلفين غاية الاعتدال »[2] .

---

[1] – ينظر : الدهلوي ، **حجة الله البالغة** ، ص: 831 ، وينظر : الشاطبي ، **الموافقات** ، ج2 ص: 124 .

[2] – الشاطبي ، **الموافقات** ، ج2 ص: 124 .

و الاعتدال و التوسط محمول على الجمع بين مسلكين :

أحدها : **مسلك الحزم** ، و قد جاء فيه من الترهيب و التقريع ما يحمل النفوس على الردع ، و هو ملاحظ في قوله ﷻ : ﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ ﴾ (البقرة : 229)، فلا ينبغي التساهل في الأمور التي شدد فيها الشارع ، لأن في ذلك إضاعة للأحكام الشرعية ، و هذا ملاحظ في أحكام العقوبات كالحدود و القصاص ، فقد جاءت تحمل من التغليظ ما لا يجوز التساهل فيها خاصة عند إثبات الجرم على الجاني ، و من جملة الأحكام التي تقررت : أنه لا يراعى في القصاص الظروف المخففة ، فإذا وجبت بالإقرار أو قيام البينة اقتص منه ، ولا يراعى في ذلك الزمن ، فتقام العقوبة في البرد الشديد و الحر الشديد ، باعتبار أن المقصود من ذلك التلف الذي هو القتل ، و مثله الرجم في الحدود .

ثانيها : **مسلك التخفيف** ، و فيه حمل الناس على الفضل و الإحسان أو ما يدخل في معنى العفو عامة ، و لذلك عمدت الشريعة إلى تغير الأحكام من الصعوبة إلى السهولة في الأحوال العارضة لقوله ﷻ : ﴿ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾(البقرة : 173) ، و شرعت مع التغليظ ما يدعو إلى التخفيف كملازمة العفو للقصاص لقوله ﷻ : ﴿ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾ (البقرة : 178)، و تشريع العفو مع القصاص كان من أوجه التخفيف لهذه الأمة . و قد يميل الشارع إلى التشديد أو يميل إلى التخفيف ، و هذا أمر ليس مخالفا لمبنى الاعتدال و التوسط ، فإنه إذا كان هناك ميل

إلى طرف التشديد أو التخفيف ، فذلك يجري في مقابلة واقع اقتضى التشديد في موضع الشدة أو التخفيف في موضع التخفيف[1].

فلاحظ الفقهاء أن الشارع إذا مال إلى التشديد و التخويف و التهديد ، فذلك كان في مقابلة من غلب عليه الانحلال و الفساد و الفجور في الدين ، حتى أضحى ذلك ديدنه و بلغ حد الشهرة بذلك .

و إذا مال إلى التخفيف و الترخيص و الترغيب ، فذلك في مقابلة من غلب عليه الصلاح ، و قد اتضحت فيه بوادر التوبة و الإنابة .

الفرع الثاني

جسامة الضرر

تبين للفقهاء أن تفضيل العفو على عدالة العقوبة – في المواضع التي أقامها الشارع على التخيير كما هو مقرر في عقوبة القصاص أو ما قبل الإثبات في عقوبات الحدود – هو من باب الإحسان و الفضل ، و ليس من باب الأولوية .

و إنما أولوية العفو أو العقوبة تكون بحسب النظر إلى ما يؤول إليه كل من العفو أو العقوبة من ضرر لا يتحقق معه مقصود الشارع من العقوبات .

و من جملة عبارات الفقهاء في ذلك ما جاء في كتاب الإنصاف للمرداوي ، قوله :

« العدل نوعان : **أحدها** الغاية و هو العدل بين الناس ، **و الثاني** ما يكون الإحسان أفضل منه ، و هو عدل الإنسان بينه و بين خصمه من الدم و المال و العرض ، فإن

---

[1] – ينظر : الشاطبي ، **الموافقات** ، ج2 ص: 128 .

استيفاء حقه عدل و العفو إحسان . و الإحسان هنا أفضل ، لكن هذا الإحسان لا يكون إحسانا إلا بعد العدل ، و هو أن لا يحصل بالعفو ضرر ، فإذا حصل منه ضرر كان ظلما من العافي لنفسه »[1].

و بعد تتبع القضايا الفقهية التي تتعلق بمسألة بيان أولوية العفو أو العقوبة ، و جد أن تصرف الفقهاء فيها كان مبنيا على النظر في الضرر الذي يترتب عن العفو ، لأن العقوبة هي الأصل ، باعتبار أن كل جناية يترتب عليها عقوبة .

فلوحظ أن الفقهاء قالوا بأولوية ترك العفو في المواضع التي يكون فيها العفو مشروعا ، إذا تحقق منه أحد الضررين :

أحدهما : إذا كان المعفى عنه مجاهرا بالسوء و قد اشتهر عند عامة الناس بذلك .

الثاني : إذا كان في العفو ظهور فساد عام يعم جميع المسلمين .

– **بالنسبة للضرر الأول** : و هو يتعلق بالنظر إلى حال الجاني ، و قد أشار الفقهاء إلى تفصيل حال الجاني في كثير من فروعهم الفقهية و ذلك في المواضع التي يجوز فيها العفو ، سواء كان في القصاص أو قبل الوصول إلى الحاكم بالنسبة للحدود أو بالنسبة للتعزيرات.

و لقد فسر القرطبي قوله ﷻ : ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ ٱلۡبَغۡيُ هُمۡ يَنتَصِرُونَ ﴾(الشورى : 39) ، بقوله : « يدل ظاهره على أن الانتصار في هذا الموضع (العقوبة) أفضل ، و هو محمول على ما ذكره إبراهيم النخعي أنهم كانوا يكرهون للمؤمنين أن يذلوا أنفسهم فتجترئ

---

[1] – المرداوي ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، ط1 (دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان : 1419 هـ) ، ج10ص:5 ، وينظر : الرحيباني ، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** (المكتب الإسلامي ، دمشق : 1961) ، ج6 ص: 58 .

عليهم الفساق ، فهذا فيمن تعدى و أصر على ذلك ، و الموضع المأمور فيه بالعفو إذا كان الجاني نادما مقلعا »[1].

و قال ابن عبد البر : « إن الله ﷻ عفو يحب العفو عن أصحاب العثرات و الزلات من ذوي الهيئات دون المجاهرين المعروفين بفعل المنكرات و المداومة على ارتكاب الكبائر الموبقات ، فهؤلاء واجب ردعهم و زجرهم بالعقوبات »[2] .

و قد استثنى الفقهاء من استحباب ترك الشهادة و الستر على المسلم من عرف بالفجور و المتهتك الذي يشيع الفاحشة بين الناس و يفتخر بذلك ، فالستر هنا ليس بمرغب فيه و لا مباح ، و الشهادة هنا أولى من الستر ، لأن المطلوب إجلاء الأرض من هؤلاء العصاة حتى يتحقق الردع فيهم ، و لأن كثرة الستر عليهم من المهاودة على المعاصي و مصافاة أهلها[3] .

– **و أما بالنسبة للضرر الثاني** : فقد يتحقق العفو عن الجاني فساد كبير يلحق الضرر بمجموع الأمة ، كالعفو عن قاتل الغيلة أو العفو عن الباغي الذي كثر فساده ، و إن كان هناك اختلاف بين الفقهاء في توجيه المسألتين .

فقتل الغيلة عند فقهاء المالكية حرابة ، و لهم في ذلك توجيه قوي مفاده : أن القتل فيه ليس لثائرة و لا عدوان ، وإنما القتل فيه كان غرضه الإفساد كالمحارب، و لأنه قتل

---

(1) – القرطبي ، **جامع الأحكام** ، ج16 ص:29 .

(2) – ابن عبد البر ، **الاستذكار** ، ج8 ص: 13 .

(3) – ينظر : ابن عابدين ، **رد المختار على الدر المختار** ، ج7 ص: 70 ، و ينظر : الحطاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ج6 ص: 164 و ينظر : عليش ، **منح الجليل شرح مختصر** ،ج8 ص: 417 .

خفية و فيه من الخدعة ما يشق الاحتراز منه ، فلا عفو فيه[1] .

و كذلك الشأن في قتل الساحر و الزنديق[2] ، فلا عفو فيهما لفسادهما العظيم على الأمة.

فإذا تحقق أحد الضررين ، فإن العقوبة تكون أولى من العفو ، بخلاف ما إذا جاء مقلعا عن الذنب و قد اتضحت أحوال توبته أو اشتهر بالصلاح ، فهذا الأفضل أن يعفى عنه و هذا الذي يقصده علماء الأصول بقولهم : « **إن الخطأ في نفي العقوبة أولى من الخطأ في تحقيقها** »[3] .

و قد نقل عن المأمون قوله : « أن ذنبا أوله هفوة و آخره توبة ، لحقيق أن لا يكون على مثله عقوبة »[4].

و هناك من المواضع يكون فيها العفو أولى من العقوبة و من الأحسن تركها ، و هو أن يكون في تطبيق العقوبة إلحاق ضرر عام ، المتمثل في إشاعة الفاحشة أو قطع صلة رحم، وهو خلاف مقصود الشارع .

و لذلك احتاط الفقهاء في موضع الخلاف الذي يتعلق بهذه المسألة ، بل هذه القضايا هي التي استوجبت الموازنة بين العقوبة و العفو مثل حد القذف ، فإن فيها خلاف يطول

---

[1] – ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج6 ص: 233 .

[2] – ينظر : القرافي ، **الذخيرة** ، ج12 ص: 33 .

[3] – المرداوي ، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه** ، تحقيق : عبد الرحمن الجبيري ، عوض القرني ، أحمد سراح (مكتبة الرشد ، الرياض : 2000) ، ج8 ص: 4199.

[4] – نقلا من : أبو عبد الله القلعي ، **تهذيب الرياسة وترتيب السياسة** ، تحقيق : إبراهيم يوسف ، مصطفى عجو ، ط1 ، (مكتبة المنارة ، الأردن ، الزرقاء) ، ج1 ص: 113 .

ذكره في هذا الموضع بين من يرى أنه حق للعبد على جهة التغليب فيجوز العفو عنه ، وبين من يرى أنه حق لله تعالى فلا عفو فيه .

فاحتاج الأمر إلى تفصيل ، ينبني على النظر إلى الضرر المترتب عن العقوبة أو العفو ، فنجد من المحققين في عصرنا الحديث الذي مال إلى ضرورة الموازنة في هذه الجريمة [1]، لأنه ربما يكون في ذلك إشاعة للفاحشة و فضح ما كان مستورا ، و سيأتي بيانه في الباب اللاحق .

---

[1] – ينظر : أبو زهرة ، **الجريمة** (دار الفكر العربي ، القاهرة : ب.ت) ، ص: 68 .

المبحث الثاني

القواعد التي بنيت عليها التوجيهات الفقهية

إن حصر القواعد التي استعملها الفقهاء في توجيه المسائل الفقهية من خلال موازنتهم بين العقوبة و العفو عسير جدا ، لكثرة تنوعها وبين كونها قاعدة أصولية و كونها قاعدة فقهية ، و اختلاف عبارتها مع أن المضمون واحد .

و لذلك اختير في الموضوع بعض القواعد الفقهية المشهورة مع الإشارة إلى القواعد الجزئية التي تدخل تحتها ، و من ذلك : قاعدة **درء الحدود بالشبهات** ، و قاعدة **لا ضرر و لا ضرار** و قاعدة **الأصل براءة الذمة** .

المطلب الأول

درء الحدود بالشبهات

ليس القصد من هذا تقعيد هذه القاعدة ، فإنها اشتهرت في التطبيقات الفقهية حتى أصبحت من المسلمات ، و لكن القصد بيان أن هذه القاعدة كانت من أهم القواعد التي وظفها الفقهاء في توجيهاتهم الفقهية السابقة ، سعيا إلى حصول ما أراده الشارع من تشريع عقوبة القصاص و الحدود .

الفرع الأول

المعنى الفقهي للقاعدة

فقد وجد من استقراء الفقهاء لأحكام الحدود و القصاص ، أن الشارع الحكيم لما شرع هذه العقوبات و التي كانت جزاء عادلا لبعض المعاصي ، لازمها إلى ما يدعو إلى التحرز في تطبيقها عند الإثبات ، و أشار إلى ما يدعو إلى اتخاذ سبيل الاحتيال المشروع لدرئها و

إسقاطها بكل أمر يورث شكا أو لبسا ، إما من جهة ثبوت الجريمة على الجاني ، أو من جهة الفاعل الذي أقدم على الجريمة ، أو من جهة اختلافهم في قوة الشبهة أو نحو ذلك مما هو مفصل في بيان أنواع الشبهة .

فكان من أثر ذلك ، كثرة الاستفسارات الفقهية عن الجرائم المرتكبة بعد ثبوت الحد ، كان القصد منها الاحتيال للدرء ، كالتعريض و الأخذ برجوع المقر و غيرها من الاستفسارات المفصلة في كتب الفقه .

و ضبط الإثبات بعدة قيود لبعض الجرائم ما يجعلها قليلة الثبوت ، كاشتراط أربعة شهود في جريمة الزنا و التفصيل في ذكر شروط السرقة ، حتى لا يشتبه المعنى مع معان أخرى لم يقصدها الشارع .

و توصل الفقهاء إلى أن الشارع الحكيم يتشوف إلى الستر أكثر من فضيحة المؤمن عند الشبهة ، فإن هذه العقوبات و إن كان القصد منها إقامتها و تطبيقها ، إلا أنه غلب مصلحة حرمة المؤمن على مصلحة إقامتها عند تحقق الشبهة ، فاشتهرت مقولة : « **مصلحة حفظ الأبدان مقدمة على مصلحة حفظ الأديان** »[1] .

و تبين للفقهاء أن الحكمة من الترغيب في الستر حصول التوبة بين المسلم و ربه ، فقد علم أن الله ﷻ عند شرع العقوبات ، لم يقصد ذاتها ، و إنما قصد تحقق الزجر ، و هذا المعنى قد يتحقق مع التوبة النصوح ، و الشارع يأبى معاقبة التائب .

---

[1] – الزركشي ، **البحر المحيط في أصول الفقه** ، ج4 ص: 481 .

الفرع الثاني

ضبط القاعدة

و لقد كثر تطبيق هذه القاعدة عند مواضع الاتهام ، و هو موضع شديد الحساسية ، يعسر معرفة حكمه ، فقد يكون في التوسع فيه ظلم للمتهم و قد يكون التهاون في ذلك ظلم للمجني عليه ، فكان أن لجأ الفقهاء إلى بعض القواعد الجزئية لضبط ذلك منها:

1- **اعتماد اليقين في أدلة الإثبات ما أمكن في نسبة الجرائم للمتهم** ، قال ابن عبد البر : «الأصل المجتمع عليه أن الدماء الممنوع منها بالكتاب و السنة ، لا ينبغي أن يراق شيئا منها و لا يستباح إلا بيقين .

و اليقين الشهادة القاطعة أو الإقرار الذي يقيم عليه صاحبه ، فإن لم يكن ذلك ، فلأن يخطئ الإمام في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة »[1].

2- الشك **مهما كانت نسبته و مهما كان محله و مهما كانت طريقته يشفع به المتهم ،** فيدرأ عنه الحد ، يقول الشاطبي : « فإن الدليل يقوم هناك مفيدا للظن في إقامة الحد ، ومع ذلك فإذا عارضته شبهة أو طغت ، غلب حكمها و دخل صاحبها في مرتبة العفو»[2] .

3- **الخطأ في العفو أفضل من الخطأ في العقوبة ،** فتبرئة المتهم أحب إلى الله و رسوله من معاقبته ، و قد استعملت هذه الصيغة في كثير من أبواب الفقه التي تحدث عن الشبهة على

---

[1] – ابن عبد البر ، **الاستذكار** ، تحقيق عبد الرزاق المهدي (دار الشروق ، بيروت : ب.ت)، ج6 ص: 519 .

[2] – الشاطبي ، **الموافقات** ، ج1 ص: 123 .

لسان كثير من الفقهاء و علماء التقعيد ، و يفصل أمرها في قاعدة مستقلة في الفروع اللاحقة .

و قد لوحظ أن إعمال هذه القاعدة قد جرى فيها استرسال و توسع من خلال بعض الفروع الفقهية ، فتوسع الخلاف في أمور تتعلق بحقوق الله ﷻ خاصة الحدود و كان ذلك مدعاة إلى القول أن ذلك فيه محاولة لتعطيل الحدود .

و هذا الادعاء في حقيقته وجيه لما لوحظ من خلال استدلالات الفقهاء في إسقاط الحدود و اختلافهم في الشبهة ذاتها ، فأضحى المستدل يستدل على مذهبه بمجرد وجود شبهة ليسقط معها الحد ، و ظهر من التفريعات الفقهية التي تدخل من ضمن المسائل التي تحتاج إلى الفتوى ما يدل على إعمال الحيل من طرف الجناة ، لغرض الإفلات من العقوبة ، و كثر الاسترسال في ذلك ، فاستدرك الفقهاء الأمر و ضبطوا هذه القاعدة بضوابط نذكر جزءا منها على سبيل البيان .

فمن بين عمل الفقهاء لضبط القاعدة ما يلي :

1- السعي إلى تحقيق الشبهة في بيان شروطها و أنواعها ، و ذلك حتى تحمل من القوة ما يسقط بها الحد .

فالشبهة عند التحقيق مراتب ، يختلف الحكم فيها ، فالشبهة القوية غير الشبهة الضعيفة فالأولى يسقط معها الحد و تمحو وصف الجرم ، بخلاف الشبهة الضعيفة فإنما ربما تسقط الحد – على خلاف بين الفقهاء – إلا أنها لا تمحو وصف الجرم ، و ليس المقام مقام ذكر الأدلة في ذلك.

2- ضبط موضع الاتهام ، فليس كل تهمة تشفع لصاحبها ، و ليس تحليفه (المتهم) وإرساله مذهبا لأحد الأمة الأربعة و لا غيرهم ، و لو حلفنا كل واحد منهم و أطلقناه مع العلم باشتهاره بالفساد في الأرض و كثرة سرقاته ، و قلنا : لا نأخذ إلا شاهدي عدل كان ذاك مخالفا لسياسة الشرعية ، و من ظن أن الشرع تحليفه و إرساله فقط غلط غلطا فاحشا مخالفا لنصوص رسول الله ﷺ و لإجماع الأئمة [1].

و لذلك فالناظر إلى المسائل التي تتعلق بالتهمة ، يجد أن الفقهاء قد فصلوا فيها تفصيلا يوحي إلى شدة تحفظ الفقهاء منها ، من ذلك ما ذكره عبد السلام التسولي :

قال : « من جاءك و عليه جراح مخوفة ، فاحبس المدعي عليه بالدم حتى يصح المجروح أو ينسى حاله توجب إطلاقه ، و من جاءك معافى في بدنه من الجراح يدعي على رجل ضربا مؤلما ، فإن ثبت تعدي المدعي عليه فعزره و إن رأيت حبسه فذلك لك على ما يظهر من شنعة ما ثبت عليه ، و من جاء بجرح خفيف و هو ممن يظن به أن يرتكب مثل هذا من نفسه ، فاسلك به سبيل المعافى من الجراح ، فإذا فعلت هذا ارتفعت اليد العادية و انتفعت به العامة و حفظت بذلك دماؤهم و أموالهم »[2] .

3- زيادة على ما ذكر آنفا ، فقد تقرر عند الفقهاء إن **إعمال الشبهة لا يعدم المؤاخذة من الناحية العقلية** مثل الجناية التي تقع خطأ ، فإنه في حقيقته جناية لما فيه من عدم التثبت و الاحتياط الواجبين ، فصار المخطئ من هذه الجهة قد ارتكب جناية يجوز مؤاخذته بها عقلا ، إلا أنه لا يؤاخذ بها في الإثم سمعا لعموم النص : **رفع عن أمتي**

---

[1] – ينظر : ابن القيم ، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، تحقيق : عصام فارس الحرستاني ، ط1 (دار الجيل ، بيروت : 1998 م) ، ص: 138.

[2] – التسولي ، **البهجة شرح التحفة** ، (المكتبة العصرية ، بيروت : 2008م) ج2 ص: 683 .

الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه ﴾[1].

و لذلك لا يؤاخذ المخطئ بحد أو قصاص ، لأن فيه شبهة العدم لانعدام قصد العدوان إلا أن القتل أعظم الكبائر لم يهدر فيه الخطأ ، بل وجبت الكفارة و أما الدية فهي جزاء المحل[2] .

المطلب الثاني

لا ضرر و لا ضرار

و يتناول هذا المطلب المعنى العام لها ، و تطبيقاتها في جانب العقوبات ، و بيان اعتبار الشريعة للضرر الذي يلحق بالمجني عليه .

الفرع الأول

المعنى الفقهي للقاعدة

و قد استعملت بصيغ مختلفة ، مثل : **الضرر لا يزال بالضرر** ، و **الضرر يزال**[3] .

وصيغة : لا ضرر و لا ضرار هي الأشمل و الأصح و ذلك من جهة قيام النص على مشروعيتها ، و من جهة تضمنها النهي عن الضرر ابتداء [4].

و معنى لا ضرر : ابتداء الفعل ، و المعنى : لا يجوز إلحاق مفسدة بالغير مطلقا .

---

[1] – أخرجه ابن ماجة ، كتاب الطلاق باب طلاق المكره ، رقم : 2045 .

[2] – ينظر : الزركشي ، **البحر المحيط** ، ج1 ص: 99 ، و ينظر : الكاساني ، البدائع ، ج2 ص: 437 .

[3] – الزركشي ، **المنثور في القواعد** ، تحقيق : تيسير فائق أحمد ، ط2 (وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الكويت : 1405 هـ) ، 321/2 .

[4] – ينظر : عبد الرحمن بن صالح ، **القواعد و الضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير** ، ج1 ص: 277 .

و معنى لا ضرار : الجزاء ، و المعنى : لا يجوز إلحاق مفسدة على وجه المقابلة له [1].

و له زيادة معنى و هو : ليس للمظلوم أن يظلم غيره ، فله العدل و هو أخذ حقه ، أما ما زاد عن حقه فلا يجوز له ذلك ، لأنه تعد[2] .

و **المعنى الإجمالي** : كل ضرر يجب إزالته ، إلا ما هو داخل تحت إذن الشارع ، أي الضرر الذي كان بوجه حق ، مثل الضرر الذي يلحق الجاني عند تطبيق العقوبة عليه ، وكذلك الضرر الذي يلحق الضامن بضمانه ما أتلف ، فهذا ثابت بوجه حق و قد أذن فيه الشارع الحكيم .

و لقد استعملت هذه القاعدة تأكيدا لما تقرر سابقا من خلال النصوص الشرعية على مشروعية العدل في العقوبة ، و حرمة التعدي و التجاوز فوق ما أباحة الشرع ، فذلك يعد ظلما من أولياء الدم أو المجني عليه على الجاني .

فالقاعدة من حيث منطوقها تدل على جواز الانتصار لمن ظلم ، فللمجني عليه أن ينصر نفسه و يعاقب ، لكنه في مقابل ذلك لا يجوز له أن يتعدى قدر حقه في الجزاء ، سواء كانت العقوبة قصاصا أو تعزيرا ، لأن ذلك في حقيقته ضرر لا بد أن ينتفى ، وفيه من الظلم ما لا يقبله الشرع [3].

و من فروع المسألة : لا يجوز الاعتداء على حق أحد ولو كان غاصبا ، فلو غصب الغاصب ثوبا فصبغه ، فالمالك مخير بين ترك الثوب له و أخذ قيمته من غير مصبوغ ،

---

[1] – ينظر : مصطفى أحمد الزرقا ، **المدخل الفقهي العام** (دار القلم ، دمشق : 1998م) ، ج1ص: 165 ،
ينظر:سعدي أبو حبيب ، **القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا** ، ط2 (دار الفكر ، دمشق : 1998) ص223 .

[2] – ينظر : علي حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، تحقيق : فهمي الحسيني (دار الكتب العلمية ، بيروت: ب.ت) ، المادة 921 ، ج3 ص: 549 .

[3] – ينظر : الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج3 ص: 84 .

وبين أخذه مصبوغا و يعطي للغاصب ما زاد الصبغ فيه[1] .

و قد وجد أن الفقهاء استعملوا هذه القاعدة بمفاهيم أخرى تتحقق معها الموازنة في دفع الضرر ، خاصة إذا اجتمع ضررين على محل واحد ، فقد يكون في دفع أحد الضررين ضرر أكبر منه ، فذيلوا القاعدة بقواعد جزئية تضبط هذه المفاهيم .

و من ذلك :

1- يجب منع إزالة الضرر بضرر أعظم منه أو مماثل ، و قد اشتهر هذا المفهوم تحت قاعدة : **الضرر لا يزال بمثله ،** فإذا لم يجز إزالة الضرر بضرر مماثل ، فمن باب أولى أنه لا يجوز إزالة الضرر بضرر مثله .

2- جواز إزالة الضرر بضرر أخف ، فينظر إلى أشدهما مفسدة ، فيدفع الأخف و إن ترتب عليه فعل ضرر ، فجاءت القاعدة الجزئية : **إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما** .

و قد جاء على لسان زين الدين الكتاني قال : « لا بد النظر لأخفهما و أغلظهما»[2] و استدل الآمدي بهذه القاعدة في بيان أن الأخذ بالأخف و الأيسر أولى من الأخذ بالأثقل و الأشد ، و ذلك باعتبار أن الشريعة مبناها التخفيف[3]، و استدل الشيخ أحمد الزرقا بها على وجوب **اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما** ، لأن في ذلك تخفبفا للضرر عندما لا يمكن منعه بتاتا[4] .

و بمنطوق و مفهوم هذه القاعدة يكتمل المعنى المقصود منها خاصة في ما يتعلق بباب

---

[1] – ينظر : ابن عابدين ، **رد المختار على الدر المختار** ، ج6 ص: 196 .

[2] – الزركشي ، **القواعد** ، ج2 ص: 321 .

[3] – الآمدي ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، ج4 ص: 273 .

[4] – الزرقا ، **المدخل الفقهي** ، ج2 ص: 990 .

الجزاء و المعاقبة ، و هو نفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في الضرر و لا يفيد [1]، فقد يكون في الانتصاف و أخذ الحق بعكس ما قصده الشارع ، لاحتمال وقوع الحيف والإفراط في المعاقبة العادلة .

و هذا المعنى هو الذي عزز فكرة العفو عند الأخذ بالقصاص ، لما قد يكون في الأخذ به حيف و إفراط في تجاوز أولياء الدم حقهم من العقوبة أخذا بمن قال بجواز أن يستوفي المجني عليه لنفسه ، و ذلك إن كان خبيرا و يحسن الاستيفاء مع وجود الحاكم[2] .

و قد ذكر ابن عبد البر فهما أدق و أشمل لما يمكن أن يفهم من مقصود هذه القاعدة ، ومعناه : أنه ما دام قد يستدل بهذه القاعدة بحق الانتصار و الأخذ بعدالة العقوبة و تقرير حق المجني عليه في معاقبة الجاني ، فإنه لا بد أن يستتبع ذلك بما رغب به الشارع الحكيم عند تحقق العدالة العقابية ، فقد تبين أنه كلما شرعت العقوبة العادلة لازم ذلك الندب إلى العفو من خلال ترجيح جانب الصبر على المعاقبة و استحباب الستر على المؤمن[3] .

الفرع الثاني

استعمال قاعدة لا ضرر و لا ضرار في العقوبات

الملاحظ أن هذه القاعدة و ما يتفرع عنها ، كقاعدة **الضرر يزال و الضرر يزال بقدر الإمكان ،** قد استعملها الفقهاء في باب المعاملات بشكل أوسع ، خاصة فيما يتعلق من أحكام الشفعة و ضمان المتلفات و رد المبيع بالعيب و الحجر على الصغير و السفيه .

---

[1] — ينظر : المرجع السابق نفسه ، ج2 ص: 978– 979 .

[2] — و هو مذهب فقهاء الحنفية ، ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص: 291 .

[3] — ينظر: ابن عبد البر ، **الاستذكار** ، ج6 ص: 197 .

و من كثرة الأمثلة لهذه القاعدة الواردة في كتب الفقه ، فقد يعتقد الناظر أنها لا تستقل عن هذا الباب .

و قد قلت الأمثلة من حيث تطبيق هذه القاعدة و ما يتفرع عنها في باب العقوبات والجنايات فيما يتعلق بالدماء و الحدود و التعازير .

لكن ، قد أشار العلماء إلى تطبيقها و ما يتفرع عنها على عقوبات الحدود و القصاص و التعازير على سبيل العموم و الإشارة[1] .

و من حيث النظر إلى المصالح المرجوة من تشريع العقوبات ، نجد أن هذه القاعدة قد طبقت على نطاق واسع في باب العقوبات ، و ذلك لأن العقاب في حد ذاته إنما هو دفع ضرر متوقع أو حال ، لزجر المجرمين و تأديب العاصين .

ثم إن هذه القاعدة و ما يتفرع عنها من قواعد جزئية ، قد طبقت تحت قواعد أخرى عامة اشتهرت عند علماء الأصول و في التطبيقات الفقهية منها :

1- قاعدة : **إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضررا بارتكاب أخفهما .**

2- و نظيرها قاعدة : **درء المفاسد أولى من جلب المصالح .**

وقد استقرت القاعدتان على دفع المفسدة من باب أولى على وجه التغليب ، لأنه لوحظ من خلال تصرفات الشارع و أقواله أنه اعتنى بالمنهيات أكثر من اعتنائه بالمأمورات ، فلم يسامح في الإقدام عليها لقوله ﷺ : ﴿ **إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه و إذا أمرتكم بأمر فاتوا منه ما استطعتم** ﴾[2].

و قد استعمل الفقهاء هذه القاعدة في حالة بيان الأولى للمجني عليه هل العفو أم

---

[1] – ينظر : السيوطي ، **الأشباه و النظائر** ، ص: 112 .

[2] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب : الاعتصام بالكتاب و السنة ، رقم : 7288.

العقوبة ؟ من خلال النظر إلى الضرر في حالة العفو أو ما يقابلها من ضرر تطبيق العقوبة حتى في حالة إثباتها.

الفرع الثالث

اعتبار الضرر الذي يلحق بالمجني عليه

و ذلك من حيث النظر إلى المصلحة الخاصة للمجني عليه التي قد تتحقق بالعفو أو بالعقوبة ، فرام الفقهاء إلى الموازنة من حيث النظر إلى أشدها ضررا على المجني عليه ، وحتى و لو ثبت أمر العقوبة كما هو الشأن في حد القذف .

فالمقرر سابقا أن العفو على القاذف و لو بعد وصول الأمر إلى الحاكم جائز ، و هو الظاهر عند فقهاء المالكية و الشافعية[1] .

لكن فقهاء المالكية لهم تفصيل مبني على جسامة الضرر الذي قد يلحق بالمجني عليه عند تنفيذ الحد على القاذف .

فقد ظهر في أقوال المالكية جواز العفو عن القاذف بعد وصول أمره إلى الحاكم في حالة توقع المقذوف حصول ضرر يقع بعد الحد ، إن أراد بذلك سترا ، و قد يسأل الحاكم عن أمره ، فإن بينت القرائن أنه قد يقع ضرر على المقذوف باشتهار أمره بين الناس جاز عفوه و إن أراد غير ذلك فلا عفو ، فضبطوا المسألة على أساس الستر ، قال مالك : إذا زعم المقذوف أنه يريد سترا ، فعفا إن بلغ الإمام ، لم يقبل الإمام ذلك حتى يسأل عنه سرا ، فإن خشي أن يثبت القاذف ذلك عليه أجاز عفوه[2] .

[1] – ينظر : النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، ج2 ص: 217 ، و ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج3 ص: 487 .
[2] – ابن فرحون ، **التبصرة** ، ج2 ص: 202 .

و هذا ليس مخالفا للقاعدة العامة في الحدود ، أن المقصود منها تنفيذها عند الإثبات ، فلا شفاعة و لا عفو عند بلوغ الإمام ، و إنما هو ترجيح و تقديم لمصلحة اختصت بالعبد و المسألة خلافية .

و من جهة أخرى إنما يعتبر ذلك إثباتا للمقصد العام لتشريع حد القذف الذي هو صيانة أعراض الناس من الهلاك وكذلك الحد من شيوع الفاحشة بين الناس عند الإعلان فقد يتحقق ذلك بالستر بعفو القاذف عن المقذوف .

و من فروعهم الفقهية جواز عفو الوالد عن ولده في القذف ولو لم يكن القصد الستر ، لأن في ذلك مراعاة لمعنى قد استقر أمره من حيث القواعد العامة في صلة الرحم ،

وهذا المعنى أشار إليه الباجي قال : «أن الإشفاق قد يحمله عند رؤية إيقاع الحد به على أن يقر على نفسه بما قذفه به ، فيقع فيما هو أشد من القذف»[1] ، فدفعا للضرر أجازوا عفوه و لو لم يكن قصده الستر .

فمن شأن إقامة الحد على القاذف ولم يشتهر المقذوف بالصلاح أو الفضل من إعلان أمره و صول خبره إلى من يكن له العداوة .

و لذلك نجد أن فقهاء المالكية ضبطوا ذلك بالصلاح و الفضل ، فقد استقر أمرهم على أن المعروف بالفضل و الصلاح لا يجوز عفوه ، و إنما لا بد من إقامة الحد على القاذف ، لاعتقادهم أن تنفيذ الحد يدفع عنه الضرر و يصون به عرضه ، لاشتهار صلاحه بين الناس ، فهو ليس ممن يداري بعفو سترا عن نفسه[2] .

[1] – الباجي ، **المنتقى** ، ج9 ص: 265 .

[2] – ينظر : ابن فرحون ، **التبصرة** ، ج2 ص:202 ، و ينظر : الباجي ، **المنتقى** ، ج9 ص:265 .

المطلب الثالث

الأصل براءة الذمة

و يتناول هذا المطلب الاستعمال الأصولي و الفقهي لهذه القاعدة ، وما يضبط موضع التهمة باعتبار أنها تختلف فيها المآخذ الأنظار .

الفرع الأول

الاستعمال الفقهي و الأصولي للقاعدة

وردت هذه القاعدة على لسان الفقهاء و الأصوليين بحسب منهج كل واحد منهم ضمن قواعد كبرى اشتهرت أو ضمن أصول قد اختلف فيها ، و لذلك كانت هذه القاعدة قاعدة فقهية و أصولية .

فاستعملت عند الفقهاء ضمن قاعدة : **الأصل في الأشياء الإباحة** حتى يدل دليل على الإباحة ، و هذا ملاحظ في كتب القواعد الفقهية كما هو الحال في الأشباه و النظائر للسيوطي و المنثور للزركشي [1] .

و استعملت عند علماء الأصول في مبحث الاستصحاب و مبحث التحسين و التقبيح العقليين ، و قد ذكرت في معرض الترجيح فيقولون : **الأصل براءة الذمة و بقاء ما كان على ما كان .** و يعتبر الاستصحاب من الطرق التي يفزع إليها المجتهد عند عدم وجود الأدلة الشرعية[2] .

---

[1] – ينظر : الزركشي ، **المنثور في القواعد** ، ج1 ص: 176 ، السيوطي ، **الأشباه النظائر** ، ط1 (دار الفكر ، بيروت : 2009م) ، ص: 82 .

[2] – الخطيب البغدادي ، **الفقيه و المتفقه** ، تحقيق : أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي (دار ابن الجوزي ، السعودية : 1421 هـ) ، ج1 ص: 526 ، المرداوي ، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه** ج8 ص: 3753 .

و قد أعملت هذه القاعدة في القضايا المدنية و القضايا الجزائية ، و كان تفعيلها في القضايا المدنية بشكل كبير خاصة في باب الديون ، فمن ادعى على غيره دينا فالأصل عدمه إلا إذا أثبت المدعي عليه ذلك .

فأما في القضايا الجزائية ،فقد أعملت من جهة بيان الخصائص العامة للنظام العقابي في الشريعة ، و ذلك من جهتين :

– **إحداها** : إقرار شرعية العقوبة ، **فالأصل في الأشياء الإباحة** حتى يقوم نص مثبت للتجريم أو العقوبة ، فلا جريمة و لا عقوبة بغير نص شرعي ، و العقاب محظور على صور السلوك الذي لم يرد فيه نص بتحريمها[1] .

فأفعال المكلفين لا توصف بالجرم ولا يقع عليها العقاب إلا بعد التنصيص عليها بواسطة النصوص الشرعية ، أو كون الفعل يثاب عليه أو يعاقب عليه لا يعلم إلا بالشرع[2]و هذا مقرر عند علماء الأصول و الفقهاء تحت قاعدة : **لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع** ، و قاعدة : **لا يكلف شرعا إلا من كان قادرا على فهم دليل التكليف وكان أهلا لما كلف به.**

– **ثانيها** : أن المتهم بريء حتى يثبت إدانته بالدليل ، و أن الشك يفسر لمصلحة المتهم ، و لو حصل خطأ في هذا الاتجاه ، فإن الخطأ في براءة متهم خير من الخطأ في إدانة بريء[3] .

---

[1] – ينظر :محمد سليم العوا ، **في أصول النظام الجزائي الإسلامي** ، ط2 (دار المعارف ، القاهرة : 1983 م) ص: 59 .

[2] – ينظر : القرافي ، **شرح تنقيح الفصول** ، ط1 (دار الفكر ، بيروت : 1997) ، ص: 76 .

[3] – ينظر : عبد الكريم زيدان ، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية** ، ط16 (الرسالة ، بيروت ، لبنان : 1999) ص: 81 .

فالجهة الأولى ثابتة من غير خلاف ، فما من حكم جزائي إلا و له نص شرعي ، سواء كان من جنس القصاص أو من جنس الحدود أو من جنس التعزيرات التي تدخل تحت القواعد العامة للتشريع ، فكل عقوبة إلا و لها نص شرعي مثبت لذلك .

أما الجهة الثانية ، فهي الجهة التي وقع فيها من التردد ما يستدعي الموازنة بين قضية الاتهام و قضية الأصل العام الذي هو البراءة الأصلية ، و لذلك استقر عند العلماء أن الأخذ بالتهم فيه معنى التوثق و الاحتياط[1].

الفرع الثاني

ضبط موضع التهمة

و المسألة ليست مسألة تعارض بين قضيتين ، و إنما متى تستعمل التهمة بفعل جريمة كطرف يرجح العقوبة و متى تستعمل البراءة الأصلية كطرف يرجح العفو ، لأن البراءة الأصلية في حقيقتها راجعة إلى خطاب الشارع بالعفو .

يقول الماوردي : « الجرائم محظورات شرعية ، زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير ، ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية ، و لها عند ثبوتها و صحتها حال استيفاء توجبه الأحكام الشرعية »[2] .

فالتهمة في نفسها منزلة بين منزلتين ، منزلة البراءة التامة من فعل الجرم و منزلة ثبوت

الجريمة ، و القول ببراءة الذمة حتى تثبت الإدانة يخالف معنى الاتهام في اللغة ، و يخالف مبدأ أخذ المتهم و التحقيق معه حتى و لو كان الأمر بحبسه أو ضربه .

---

[1] – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج26 ص: 190 .

[2] – الماوردي ، **الأحكام السلطانية** ، ص : 285 .

و من جهة أخرى فإن القول بثبوت الجريمة بالاتهام فقط ، قول لا يقوم على العدالة العقابية ، ليس فيه عدل و لا إنصاف و بعيد عن البراءة الأصلية .

لأن المعلوم أن الأخذ بالتهم من حيث طبيعة ذلك ، أمر يدخل في أوجه الظنون ، والظنون مراتب في النفي و الإثبات تختلف من حيث القوة و الضعف ، و ربما ينتهي الأمر إلى بلوغ الحقيقة أو ينتهي إلى التردد ، و لذلك لم يستبعد الفقهاء في الاعتبار والنظر شواهد الأحوال و القرائن و الإمارات ، و إن كان ذلك من الظنون ، من أجل معرفة قوة الاتهام و قوة جانب الادعاء .

و القول ببراءة المتهم حتى تثبت إدانته يستلزم دفع قرائن الاتهام ، باعتبار أنها ليست من طرق الإثبات المعروفة كالشهادة و الإقرار ، و هذا يتعين معه تعطيل الكثير من أدلة الإثبات الأخرى التي تقوم على معرفة ملابسات و أمارات الأحوال ، يقول الشاطبي : «إن العلماء اختلفوا في الضرب بالتهم ، و ذهب مالك إلى جواز السجن في التهم ، وإن كان السجن نوعا من العذاب ، و نص أصحابه على جواز الضرب ، و عند الشيوخ من قبيل تضمين الصناع ، فإنه لو لم يكون الضرب و السجن بالتهم ، لتعذر استخلاص الأموال من أيدي السراق و الغصاب .. فإن قيل هذا فتح باب التعذيب البريء ، قيل ففي الإعراض عنه إبطال استرجاع الأموال »[1] .

فهذا التردد أوجب الموازنة بين جانب الاتهام الذي قد تصل فيه العقوبة إلى حد الضرب و الحبس ، و بين إعمال جانب البراءة الأصلية التي فيها معنى العفو .

و هذا يقرر ما يلي : أن التسليم بأن الأصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته ليس بإطلاقه ، إنما يراعى في ذلك شواهد الأحوال حتى يكون الحكم منتجا لغرضه ، و يخدم مصلحة

---

[1] – الشاطبي ، **الاعتصام** ، (المكتبة التجارية الكبرى ، مصر : ب.ت) ، ج2 ص: 120 .

المجني عليه سواء كان فردا أو جماعة ، و يراعى فيه كذلك أوصاف المتهم و قوة التهمة وضعفها ، و أن يوازن الفقيه بين ذلك ، لأن مسألة التهمة قضية عظيمة النفع من جهة حفظ الحقوق التي راعاها الشارع في أحكامه ، و أن يحذر من التوسع في ذلك لأنه معول للظلم و الفساد .

فالأمر يحتاج إلى تطابق نوعين من الفقه :

1- فقه يقوم على معرفة أحكام الحوادث الكلية .

2- فقه يقوم على معرفة الواقع من خلال معرفة أحوال الناس في بيان درجة الصدق ودرجة الكذب فيهم و التمييز بين ذلك . ثم يطابق بين الفقهين ، فيعطي للواقع حكمه من الواجب و لا يجعل الواجب مخالفا للواقع[1] ، و هذا من **فقه أحوال الجناة** .

فلما كان الأمر يحتاج إلى معرفة المتهمين ، سعى الفقهاء إلى تفصيل أحوالهم و بيان أوصافهم ، و وصلوا إلى أنهم على ثلاثة أقسام [2]:

1- أن يكون المتهم ليس من أهل التهمة ، يشهد عليه صلاحه و استقامته على براءته ، فمن أمثال هذا لا يعاقب بالاتفاق ، و قد رأى بعض الفقهاء معاقبة المتهم له ، و ذلك صيانة لتسلط أهل الشر و العدوان على أعراض الأبرياء .

---

[1] – ينظر : ابن قيم الجوزية ، **الطرق الحكمية** ، ص: 7 .

[2] – التقسيم نقلا من بن قيم الجوزية في **كتابه الطرق الحكمية** ، ص: 134 ، لكن عند التحقيق فإنه موجود عند جميع الفقهاء ، ينظر : ابن عابدين ، **رد المختار على الدر المختار** ،ج4 ص: 75 ، و ينظر : ابن فرحون ، **التبصرة** ، ج2 ص: 128 ، و ينظر : الشافعي ، **الأم** (دار المعرفة ، بيروت : 1393هـ) ، ج4 ص:250 ، و ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ج7ص: 309 ، و ينظر : الماوردي ، **الأحكام السلطانية** ، ص: 286 .

2- أن يكون المتهم معروفا بالفجور ، و صل فجوره حد الشهرة ، فمن أمثال هذا يرجح فيهم الاتهام و يؤخذون بذلك ، فكان حبسه أولى حتى يعرف حكمه .

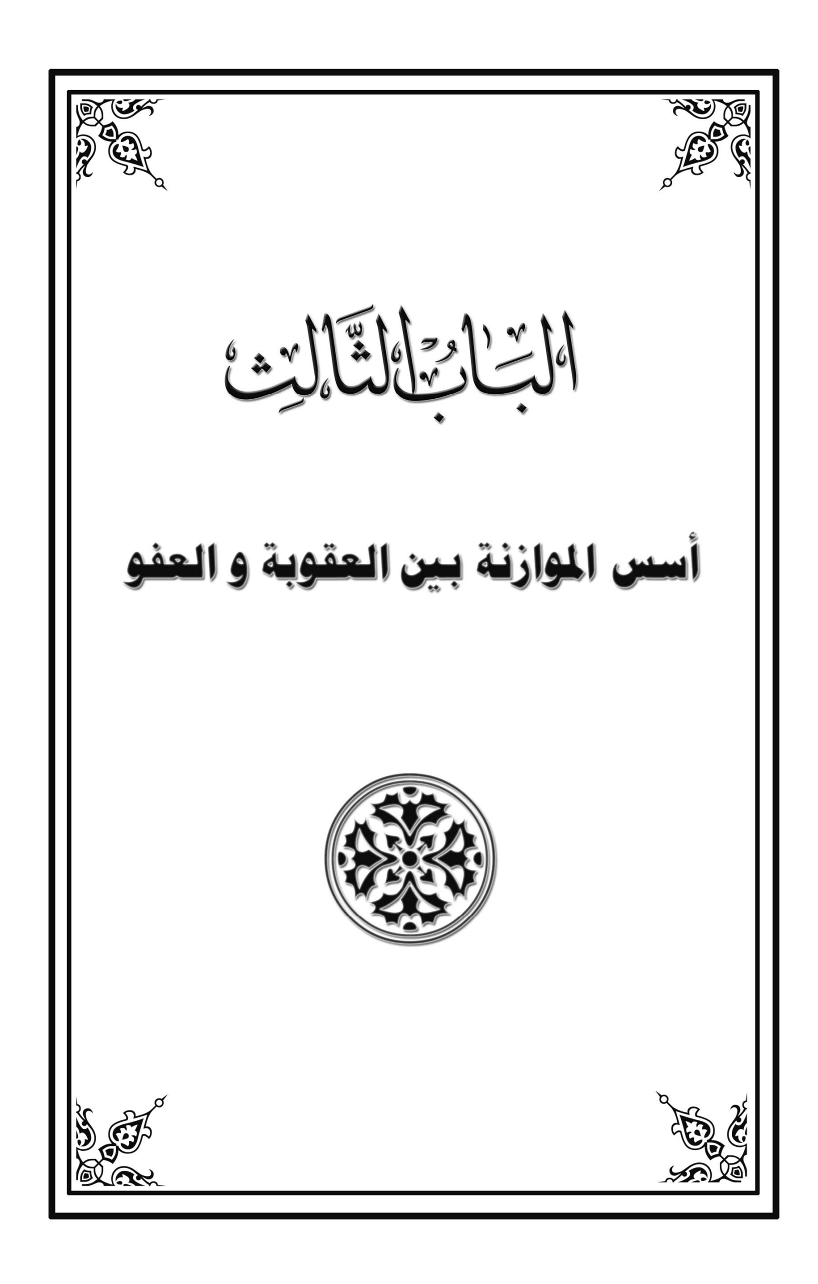
3- أن يكون المتهم مجهول الحال ، لا يعرف هل هو من القسم الأول أم من القسم الثاني ،و في ذلك استدعاء للتحقيق فيه .

فمجهول الحال إذا وجهت له التهمة بفعل جريمة ، فهو بين طرفين ، طرف الاتهام وطرف البراءة ، و كلا الطرفين متساويان في النظر و الاعتبار ، فليس من العقل و لا في الحس ما يحول دون إمكان وجود الجريمة من المتهم بها ، و لو لم يكن في الوجود الذهني ما يؤيد ذلك ، كما أن البراءة الأصلية لا تحول دون الانتقال عنها إلى الإجرام[1]، فتساوي الطرفين يوجب ضرورة نفي التهمة ، إلا أن النظر إلى الجهالة توجب الاحتياط، و لذلك نجد نوعا من التشديد عند الفقهاء بالنسبة لمجهول الحال باعتبار أن الشارع الحكيم احتاط في حفظ الحقوق ، فجانب الاحتياط يوجب رجحان جانب الاتهام على جانب البراءة الأصلية ، فقرر الفقهاء حبسه حتى ينكشف حاله [2]، و ينظر في أحواله وإلى سوابقه .

---

[1] – ينظر : مقال لعبد الله بن سليمان منيع ، **نظرية براءة المتهم حتى تثبت إدانته و حظها من الاعتبار في الشريعة الإسلامية** ، (مجلة البحوث الإسلامية ، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية و الدعوة و الإرشاد) العدد السابع من رجب إلى شوال لسنة 1403 هـ المجلد 7 ص: 292 .

[2] – ينظر : التسولي ، **البهجة شرح التحفة** ، ج2 ص: 596 .



الباب الثالث

أسس الموازنة بين العقوبة و العفو

الفصل الأول

الأساس الشرعي



و يتضمن المباحث التالية :

- **المبحث الأول:** الأصول الشرعية للعقوبة
- **المبحث الثاني** : القواعد الأساسية للعقوبة
- **المبحث الثالث** : الأصول الشرعية للعفو
- **المبحث الرابع** : الضوابط العامة للعفو .

المبحث الأول

الأصول الشرعية للعقوبة

و ذلك من خلال البحث عن أصل مشروعيتها من الكتاب و السنة و ما أجمع عليه أئمة الشرع .

و قبل ذلك ، لا بد من ذكر أمرين :

الأمر الأول : الظاهر أن العقوبات عند الفقهاء – في الجملة – ثلاثة : قصاص و حدود و تعازير ، و إن كان الأخير تبعا لهما في الأصل .

الأمر الثاني : قدمنا القصاص على الحدود ، لأن في ذلك مظان قصدها الفقهاء .

فالملاحظ من خلال ما تقرر في كتب الفقه لفقهاء الحنفية في باب العقوبات، أنهم قدموا الحدود على القصاص ، بخلاف ما هو مقرر في كتب فقهاء المالكية ، فقد قدموا القصاص على الحدود .

و لعل ما يلتمس من علة تقديم الحنفية للحدود على القصاص ، أن ذلك تقديم لحقوق الله ﷻ على حقوق العباد ، باعتبار أن الحدود الغالب فيها حق الله ﷻ ، و أن القصاص الغالب فيه حق العبد ، و هذا أصل عام في التقديم و التأخير الذي يجري بين الحقوق .

و ما يلتمس من علة تقديم المالكية للقصاص على الحدود ، أن ذلك كان من جهة ترتيب علماء الأمة للضروريات المنحصرة في حفظ مصالح الكليات الخمس بما هو أعظم مفسدة .

فكان الحاصل في ذلك أن حفظ النفوس مقدم على حفظ العقول و النسل و الأموال

فحفظ النفوس من العدم بالقصاص ، و أما الباقي فيكون بالحدود التي حدها الله ﷻ .

و لعل الحقوق هي ضرب من ضروب المصالح ، فكان ترتيب العقوبات في هذا المبحث وفق ما عهده فقهاء المالكية .

المطلب الأول

مشروعية عقوبة القصاص

المعلوم عند أئمة الشرع أن القصاص ثابت بالكتاب و السنة و إجماع الأمة ، و هي فروع هذا المطلب .

الفرع الأول

القرآن الكريم

1- قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞۗ ﴾ (البقرة :178).

ووجه الدلالة في قوله ﷻ : ﴿ كتب ﴾ ، معناه فرض[1] ، و لهذا المعنى صور قد أتت بها الآيات القرآنية ، كقوله ﷻ في فرضية الصوم : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ ﴾ (البقرة :183)، و قوله ﷻفي فرضية الصلاة: ﴿ فَإِذَا قَضَيْتُمُ ٱلصَّلَوٰةَ فَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ قِيَـٰمًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِكُمْ ۚ فَإِذَا ٱطْمَأْنَنتُمْ فَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ ۚ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَـٰبًا مَّوْقُوتًا ﴾ (النساء : 103).

و لا خلاف بين العلماء أن القصاص فريضة عامة ثابتة على جميع المسلمين على وجه الكفاية ، لكن واجب وجوبا عينيا على أولياء الأمور الذين يفصلون بين خصومات الناس لعزة مقامهم ، فلقد أقامهم الله سبحانه و تعالى على النهوض بالأحكام الشرعية مقام المؤمنين جميعا ، و كلفهم تكليفا شرعيا بتوزيع الحقوق و الواجبات بالعدل و فق ما أوجبه و ألزمه الشرع الحكيم ، و من بين هذه الأحكام تمكين و لي الدم من القصاص من الجاني القاتل .

قال القرطبي : « فرض عليهم النهوض بالقصاص و إقامة الحدود و غير ذلك ، »[2]

و السبب في جعل النهوض بالقصاص من اختصاص ولي الأمر ، طبيعة هذه العقوبة ، لما يجري فيها من الاعتداء و الإسراف عن حد الشرع خاصة إذا قام بها من لا يحسنها ، و لمكان العداوة و مخافة أن يجور فيه من طرف المجني عليه ، فقصر من عدوانها و منع الإسراف فيها قال الله ﷻ : ﴿ وَلَا تَقْتُلُواْ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ۗ وَمَن قُتِلَ

---

[1] – ينظر : القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج2 ص: 193 .

[2] – القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج2 ص: 194 .

مَظۡلُومًا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنًا فَلَا يُسۡرِف فِّي ٱلۡقَتۡلِۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾ (الإسراء: 33).

2- قوله ﷻ : ﴿ وَكَتَبۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ وَٱلۡعَيۡنَ بِٱلۡعَيۡنِ وَٱلۡأَنفَ بِٱلۡأَنفِ وَٱلۡأُذُنَ بِٱلۡأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٞ لَّهُۥۚ وَمَن لَّمۡ يَحۡكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ (المائدة :45).

و ذكر أهل التفسير أن هذه الآية نزلت في الأمم السابقة من اليهود ، قال الرازي « قال ابن عباس :و يريد فرضنا عليهم في التوراة أن النفس بالنفس »[1] ، لكن استدل بها العلماء على القصاص فيما دون النفس ،كالقصاص في الأطراف و الجروح .

قال الشوكاني : « بأنها حكاية لشريعة بني إسرائيل .. فإنها خطاب لأمة محمد ﷺ ، وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا لم يثبت في شريعتنا ما يخالفها ، و قد ثبت ما هو كذلك »[2]

و على قول من قال **شرع من قبلنا شرع لنا** ما لم يرد نسخ من الشارع الحكيم ، و لم يرد نسخ في ذلك ، فإن هذه الآية نص في القصاص في الأطراف و الجروح فيما يتحقق فيه المماثلة ، بل هو جزء من شريعتنا لقيام الأدلة السابقة و الثابتة على شرعيتها لا مجرد أنها شرعت للأمم السابقة ، و إن كان التفصيل لازما في هذه المسألة ، فليرجع إلى كتب الأصول فإن فيها ما يغني ، و قد قتلت بحثا و تمحيصا .

[1] – الرازي ، **التفسير الكبير** ، ج12 ص: 8 .

[2] – الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ط1 (دار الحديث ، القاهرة ، 2000) ، ج7 ص: 19 .

و ظاهر النصوص السابقة يوجب القتل حيث وجد القتل ، من غير النظر إلى طبيعة القتل هل هو خطأ أم عمد ، إلا أن مجموع النصوص النبوية قيدت ذلك بوصف العمدية، كحديث ﷺ : ﴿ **و من قتل عمدا فهو قود** ﴾[1] ، و كذلك فيما يتعلق بالأطراف و الجروح ففيها تفصيل مرده إلى تمكين القصاص فيها فيما يتحقق به المماثلة وإلا فالدية .

الفرع الثاني

السـنة

وكان قيام الأدلة في السنة على مشروعية القصاص من جهتين :

- من جهة مجمل النصوص التي دلت على إيجاب القصاص مطلقا من غير خيار .
- من جهة ما فصل مجمل النصوص و دلت على حق الخيار في القصاص .

- الجهة الأولى :

1- حديث ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : ﴿ **لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله و أني رسول الله ، إلا بإحدى ثلاث : النفس بالنفس و الثيب الزاني و المارق من الدين التارك للجماعة** ﴾[2].

ووجه الدلالة « النفس بالنفس » و المراد به القصاص[3] ، و قد جاء هذا الحديث عاما قد يستدل به على من قال يقتل الحر بالعبد و الرجل بالمرأة .

2- و يؤيده حديث عائشة رضي الله عنها - :﴿ **لا يحل دم امرئ مسلم إلا رجل زنى**

(1) - أخرجه ابن ماجة في **السنن** ،كتاب الديات ، رقم : 2625 .

(2)- أخرجه البخاري في **صحيحه** ،كتاب الديات ، رقم : 6370 .

(3) - ينظر : الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج7 ص: 9 .

بعدم إحصانه أو كفر بعد إسلامه ، أو النفس بالنفس ﴾[1].

و في لفظ ﴿ **لا يحل قتل مسلم إلا في إحدى ثلاث خصال : زان محصن فيرجم ، و رجل يقتل مسلما متعمدا ، و رجل يخرج من الإسلام فيحارب الله ﷻ و رسوله فيقتل أو يصلب أو ينفى من الأرض ﴾**[2] .

– الجهة الثانية :

3– حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : ﴿ **من قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يفتدي ، و إما أن يقتل ﴾**[3].

4– و عن أبي شريح الخزاعي قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : ﴿ **من أصيب بدم أو خبل ، فهو بالخيار بين إحدى ثلاث : إما أن يقتص أو يأخذ العقل أو يعفو ، فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه ﴾**[4]، و المراد بالرابعة التي حذر منها النبي ﷺ و لم يذكرها ، و هي :أن يسرف في القتل ، و المقصود : إذا زاد على القصاص أو الدية أو العفو ، فخذوه وامنعوه [5]، تحقيقا لعدالة الشرع في ذلك ، قال ﷻ : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ (البقرة : 178) .

---

[1]– أخرجه النسائي في **سننه** ، كتاب تحريم الدم ، رقم : 3952 .

[2] – أخرجه النسائي في **سننه** ، كتاب تحريم الدم ، رقم : 3980 .

[3] – أخرجه البخاري في **صحيحه** كتاب اللقطة رقم : 2434

[4] – سبق تخريجه .

[5] – ينظر : الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج7ص : 12 .

5- و روى أنس بن مالك **أن الربيع بنت النضر بن أنس كسرت ثنية جارية ، فعرضوا عليها الأرش ، فأبوا ، فأتوا رسول الله ﷺ و أبوا إلا القصاص ، فأمر رسول الله ﷺ بالقصاص ، فقال أنس بن النضر : يارسول الله أتكسر ثنية الربيع ، لا و الذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها ، فقال رسول الله ﷺ : ﴿ كتاب الله القصاص ﴾ ، فرضي القوم فعفوا ، فقال رسول الله ﷺ : ﴿ إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره ﴾**[1] ، و النص في القصاص دون النفس .

- الإجماع :

و قد أجمعت الأمة على وجوب القصاص في النفس و دون النفس ما أمكن ، و ما دون النفس كالنفس دل مجموع النصوص أن فيها القصاص ، و أن المحافظة على النفس يتبعها المحافظة على الأطراف ، فالاعتداء عليها اعتداء على النفس[2].

- مسألة ، موجب القصاص عند الفقهاء :

الظاهر أن الأدلة السابقة قامت على إثبات وجوب القصاص في النفس و دونها ، لكن الفقهاء اختلفوا في موجبه ، فهل هو القصاص عينا أم التخيير بين القصاص و الدية؟

نقل ابن رشد أن في المسألة مذهبين[3] :

مذهب يرى أن موجب العمد في النفس القصاص ، و هو مذهب فقهاء الحنفية والمشهور عند فقهاء المالكية .

و مذهب يرى أن الواجب إما القصاص أو الدية على التخيير أحدهما لا بعينه ، فللولي خيار التعيين ، إن شاء استوفى القصاص و إن شاء أخذ الدية ، و هو مذهب فقهاء الحنابلة و قول عن فقهاء الشافعية و عن بعض فقهاء المالكية رواية عن أشهب.

---

[1] - سبق تخريجه .

[2] - نقل الإجماع ابن قدامة ، **المغني** ، ج9 ص: 410 .

[3] - ينظر : **بداية المجتهد و نهاية المقتصد** ، ج6 ص: 36 .

و دليل المذهب الأول :

1- قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى ﴾ (البقرة :178)، و المكتوب لا يتخير فيه ، و لأنه متلف يجب به البدل ، فكان بدله معينا كسائر أبدال المتلفات .

2- حديث أنس بن مالك في قصة سن الربيع : ﴿ **كتاب الله القصاص** ﴾[1]، فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له إلا القصاص ، و لم يخير المولى بين القصاص و الدية[2] .

مناقشة أدلتهم : و قد ناقشها الإمام الشوكاني من جهتين :

1- من جهة أن عدم ذكر التخيير في الآية لا يستلزم عدم الذكر مطلقا ، و أن مجمل الآية قد فصل بالأحاديث التي ذكرت التخيير في هذا الباب .

2- من جهة أن الآية فيها تقدير مفاده : من اقتص فالحر بالحر ، و من عفي له من أخيه شيء فالدية[3] .

و قد ضعف ابن رشد وجه الاستدلال بالآية [4] ، و وجه ذلك : وجود الاحتمال الذي أشار إليه الشوكاني ، و هذا ينطبق على استدلالهم بالحديث كذلك .

دليل المذهب الثاني :

1- قوله ﷻ :﴿ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾ (البقرة :178) ، قالوا : أوجب الإتباع بمجرد العفو ، و لو أوجب العمد بالقصاص عينا لم تجب الدية عن العفو المطلق ، فيخير الولي بينهما.

2- وحديث أبي هريرة ﵁ : ﴿ **من قتل له قتيل ، فهو بخير النظرين إما أن يفدى و إما**

---

[1] – سبق تخريجه .

[2] – ينظر : الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج7 ص: 11 ، و ينظر : ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج6 ص:37 .

[3] – ينظر : الشوكاني ، **نيل الأوطار** ،ج7 ص: 11 .

[4] – ينظر : ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج6 ص: 36 .

أن يقيد ﴾[1] ، و هذا نص في التخيير .

مناقشة أدلة المذهب الثاني :

الظاهر أن النصوص التي استدل بها هذا المذهب نصوص في الباب ، بمعنى :الظاهر أن القصاص والدية واجبان على التخيير ، و هذا ما أشار إليه الشوكاني و ابن دقيق العيد على أن الأدلة على التخيير ظاهرة الدلالة[2] .

و يؤيد مذهبهم ما ثبت من حديث ابن عباس : ﴿ **كان في بني إسرائيل القصاص و لم يكن فيهم العفو ، فأنزل الله هذه الآية : « كتب عليكم القصاص »** ﴾[3] .

و كذلك أيضا : قوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞۗ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ بَعۡدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٞ ﴾ (البقرة : 178)، فذكر الشوكاني أن المقصود من التخفيف المذكور هو: التخيير بين القصاص و الدية لهذه الأمة ، بعد أن كان الواجب على بني إسرائيل هو القصاص فقط ، و لم يكن فيهم الدية ،و لا شك أن التخيير مناسب لقواعد الشرع ، فالتخيير بين أمرين أوسع و أخف من تعيين واحد منهما [4].

و رام ابن رشد إلى الجمع من غير ترجيح بين المذهبين إذا رفع دليل الخطاب من حديث أنس ، فإن كان الجمع واجبا و ممكنا ، فالمصير إلى الحديث الثاني (حديث أبي

---

[1] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب اللقطة ، رقم : 2434 .

[2] – ينظر :الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج7 ص: 11–12 ، و ينظر : ابن دقيق العيد ، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام** تحقيق مصطفى شيخ مصطفى و مدثر سندس ، ط1 (مؤسسة الرسالة ، بيروت : 2005) ، ج1 ص: 433 .

[3] – أخرجه البخاري في **صحيحه،** كتاب التفسير ، رقم : 4138 .

[4] – ينظر : **نيل الأوطار،** ج7 ص: 12 .

هريرة) واجب .

و الجمهور على أن الجمع واجب إذا أمكن ، و أنه أولى من الترجيح ، و أيضا فإن الله ﷻ يقول : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (النساء : 29) ، فإذا عرض على الإنسان فداء نفسه بمال ، فواجب عليه أن يفديها ، و أصل ذلك ما تقرر من قواعد الشرع بالنسبة لمن كان في مخمصة إذا وجد الطعام بقيمة مثله ، و عنده ما يشتريه فيقضى عليه شرائه ، فكيف بشراء نفسه [1].

المطلب الثاني

مشروعية عقوبات الحدود

ثبت أمر الحدود بالكتاب و السنة و الإجماع و المعقول .

الفرع الأول

من القرآن الكريم و السنة النبوية

لما كانت الحدود تتعدد إلى عدة عقوبات بحسب الجرائم المقترفة ، كان من الواجب بيان دليل كل عقوبة من القرآن الكريم و السنة النبوية .

1- فجريمة الزنا يعاقب عليها بالجلد كعقوبة أصلية و التغريب كعقوبة تبعية ، و هذا كله في حالة عدم الإحصان ، فإن كان الفاعل محصنا و قد اقترف هذه الجريمة ، فعقوبته الرجم

قال الله ﷻ : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍۖ ﴾ (النور :2) .

[1] – ينظر : ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج6 ص: 38-39 .

– و قوله ﷺ : ﴿ **خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلدة مائة ونفي سنة ، و الثيب بالثيب جلد مائة و الرجم** ﴾[1] .

2– و عقوبة القذف في حالة عدم ثبوت الزنا ، فيعاقب القاذف بعقوبة أصلية و هي الجلد و بعقوبة تبعية و هي الحرمان من أداء الشهادة ، قال الله ﷻ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ۝٤ ﴾ (النور : 4).

3– و عقوبة الشرب الجلد ، لقوله ﷺ : ﴿ **إن من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد في الرابعة فاقتلوه** ﴾[2] ، و قد أوثر عنه ﷺ تحديد مقدار الضرب ، فقد روي أنه ضرب

أربعين ، و في عهد عمر رضي الله عنه ضرب ثمانين جلدة ، فقد روي عن السائب بن يزيد قال: **كنا نؤتي بالشارب على عهد رسول الله ﷺ و إمرة أبي بكر و صدرا من خلافة عمر ، فنقوم إليه بأيدينا و نعالنا و أرديتنا ، حتى كان آخر إمرة عمر فجلد أربعين حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين**[3].

4– و عقوبة السرقة القطع ، لقوله ﷻ : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٞ ۝٣٨ ﴾ (المائدة : 38).

---

[1] – أخرجه مسلم في **الصحيح** ، كتاب الحدود ، رقم : 3199 .

[2] – أخرجه الترمذي في **الجامع الصحيح** ، باب ما جاء من شرب الخمر ، رقم : 1472 .

[3] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب الحدود ، رقم : 6281 .

5- و عقوبة المحارب (قاطع الطريق) النفي و القطع و الصلب ، و في ذلك تفصيل في تحديد نوع العقوبة بحسب الجرم المقترف إن كان قتلا أو سرقة أو ترهيبا و تهديدا ، وهذا مفصل في كتب الفقه في مختلف المذاهب ، قال الله ﷻ : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ (المائدة : 33).

6- و الردة عقوبتها القتل ، يقول الرسول ﷺ : ﴿ **لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله و أني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : النفس بالنفس و الثيب بالثيب و المارق من الدين التارك للجماعة** ﴾[1] .

7- و هناك جريمة أخرى أدخلت ضمن الحدود و هي جريمة البغي أي الخروج عن الحاكم ، و عقوبته القتل ، قال ﷺ : ﴿ **من أتاكم و أمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه** ﴾[2] .

و هذه النصوص من الكتاب والسنة إنما تدل بعمومها على تعيين عقوبة كل جريمة ، للدلالة على شرعيتها ، و لتطبق تطبيقا حرفيا من غير تأويل ، و لا يجوز الزيادة فيها والنقصان ، و لا اعتبار لظروف الجريمة و لا الجاني لما تضمنته من مفاسد تمس الصالح العام ، و لا يحق فيها الشفاعة و لا العفو أصلا ، و لهذا سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقا لله ﷻ .

[1] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب الديات ، رقم : 6484 .

[2] – أخرجه مسلم في **صحيحه** ، كتاب الإمارة رقم : 3443 .

من جهة أخرى ، هناك نصوص من الكتاب و السنة دلت على وجوب إقامة الحدود .

منها : 1- قوله ﷻ بعد ذكر عقوبة الزنا : ﴿ وَلَا تَأۡخُذۡكُم بِهِمَا رَأۡفَةٞ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۖ ﴾ (النور :2)و ليس المنهي عنه الرأفة الطبيعية على إقامة الحد و إنما النهي عن الرأفة التي تحمل الحاكم على ترك و تعطيل الحد فلا يجوز ذلك[1] .

و قوله ﷻ من نفس السورة و الآية : ﴿ وَلۡيَشۡهَدۡ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٞ مِّنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ﴾ (النور : 2)، ففيه تنكيل للزانيين إذا جلدا بحضرة الناس ، فإن ذلك يكون أبلغ في الزجر لهما و أنجع في ردعهما ، فإن في ذلك تقريعا و توبيخا و فضيحة إذا كان الناس حضورا[2] .

2- كذلك قوله ﷻ بعد بيان عقوبة السرقة : ﴿ جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٞ ﴾ (المائدة :38).

و أما السنة :1- فحديث عائشة رضي الله عنها قالت : ﴿ **أن قريشا أهمهم شأن المخزومية التي سرقت ، فقالوا : من يكلم فيها رسول الله ﷺ ، فقالوا : و من يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حب رسول الله ﷺ ، فكلمه أسامة ، فقال رسول الله ﷺ : أتشفع في حد من حدود الله ، ثم قام فاختطب ، ثم قال : إنما أهلك من قبلكم ، أنهم إذا سرق فيهم الشريف تركوه ،و إذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، و أيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها** ﴾[3]، ووجه الدلالة في الحديث قوله ﷺ : ﴿ **إنما أهلك من قبلكم ،**

---

[1] – ينظر : ابن كثير ، **التفسير العظيم** ، ج6 ص: 3 .

[2] – المصدر نفسه و الجزء و الصفحة نفسها .

[3] – سبق تخريجه .

أنهم إذا سرق فيهم الشريف تركوه و إذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ﴾ ، ففيه دلالة أن الهلاك كان بسبب تضييع الحدود.

2- و عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال : ﴿ **من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فهو مضاد الله في أمره** ﴾[1]، ففيه دليل على تحريم الشفاعة في الحدود والترهيب لفاعلها بما هو غاية في ذلك ، و هو وصفه بمضادة الله تعالى في أمره[2] .

الفرع الثاني

الإجماع و المعقول

1- الإجماع : نقل الرازي إجماع الأمة على وجوب إقامة الحدود ، و أن ذلك من مهام ولي الأمر ، فليس لآحاد من الرعية إقامة الحدود على الجناة ، بل أجمعوا على أنه لا يجوز إقامة الحدود على الأحرار الجناة إلا الإمام ، فكان التكليف حازما ، و لا يمكن الخروج عن عهدة هذا التكليف إلا عند وجود الإمام [3].

2- أما **المعقول** ، فإن أمر استتباب الأمور في الدولة واجب ، و معاقبة المجرم واجبة حتى يصلح حال الأمة و تستقيم الرعية ، فكان من الواجب إقامتها .

من جهة أخرى ، فإن أمر الإجرام لا ينقطع ، لأن الطباع البشرية و الشهوة النفسانية تميل إلى قضاء الشهوة و تحصيل مقصودها من الزنا و الشرب و التشفي بالقتل و أخذ

---

[1] – أخرجه الحاكم و **صححه** نقلا من : الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج 7 ص: 112 .

[2] – المصدر نفسه و الصفحة نفسها .

[3] – ينظر : الرازي ، **التفسير الكبير** ، ج11 ص: 351 .

الأموال و الظلم بالاستطالة على الغير ، فجاءت الحدود حاسمة لهذا الفساد و زجرا من ارتكابه ، حتى يردع ذا الجهالة مخافة ألم العقوبة و نكال الفضيحة ، و حتى تعظم محارم الله ﷻ فتصبح ممنوعة و أوامره متبوعة[1] .

المطلب الثالث

مشروعية التعزير

مشروع بالكتاب و السنة و الإجماع .

1- **من الكتاب** :قوله ﷻ : ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا (النساء : 34)، و قد استدل بها الفقهاء على مشروعية ضرب المرأة ضربا غير متلف ، لأن المقصود هو التأديب[2] .

فأشار النص إلى عقوبة لا حد فيها و لا كفارة و هي الوعظ و الضرب و الهجر .

و ليس الهجر و الضرب و الوعظ خاص بتأديب الزوجة ، و إنما الحكم يتعدى ذلك ، فقد أمر الرسول ﷺ بهجر الثلاثة الذين خلفوا ، و أمر بضرب الأولاد لعشر لتركهم للصلاة

2- السنة : - فحديث أبي ذر قال : سابت رجلا فعيرته بأمه فقال ﷺ : ﴿ **يا أبا ذر**

---

[1] – ينظر : الماوردي ، **الأحكام السلطانية،** تحقيق أحمد المبارك البغدادي (مكتبة دار ابن قتيبة ، الكويت: 1989م) ، ص: 288 .

[2] – ينظر : الباجي ، **المنتقى شرح الموطأ** (مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة : 2004م) ، ج7 ص: 80 ، وينظر: الشافعي ،**الأم** ، ج6 ص: 135 ،و ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج2 ص: 650 .

أعيرته بأمه ، إنك امرؤ فيك جاهلية ﴾[1] ، و قد استدل به الفقهاء على التعزير بالتوبيخ ، فذهبوا أنه بإمكان تعزير بعض الناس بزواجر الكلام و غاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه و لا سب .

- قوله ﷺ : ﴿ **ليس للقاتل شيء من الميراث** ﴾[2]، و استدل به الفقهاء على الحرمان من الميراث ، و إن كان هناك تفصيل فقهي في تفاصيل الحرمان بين الفقهاء .

- و ما روي أن النبي ﷺ أعمل التهمة و حبس ، و عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه ﷺ حبس يوما و ليلة[3] .

3- الإجماع : فقد أجمعت الأمة على مشروعية التعزير نقل ذلك ابن قيم الجوزية : وذلك في كل معصية ليس فيها حد بحسب الجناية في العظم و الصغر و بحسب الجاني في الشر و عدمه [4].

---

[1] - أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب الإيمان ، رقم : 30 .

[2] - أخرجه أبو داود في **السنن** ، كتاب الديات : 3955 .

[3] - أخرجه الترمذي في **الجامع** ، كتاب الديات ، باب ما جاء في الحبس في التهمة ، رقم : 1417 .

[4] - ينظر : ابن قيم الجوزية ، **الطرق الحكمية** ، ص: 311 .

المبحث الثاني

القواعد الأساسية التي تقوم عليها العقوبة

و يتناول هذا المبحث تلك القواعد التي جمعها الفقهاء و تقوم عليها العقوبة ، سواء كانت قصاصا أو حدا أو تعزيرا ، من خلال أصولها الشرعية .

المطلب الأول

القواعد الأساسية التي يقوم عليها القصاص

و يتضح ذلك عموما من جهتين :

- من جهة بيان الأسس المعنوية .
- من جهة بيان المقصد الأصلي .

الفرع الأول

من جهة الأسس المعنوية

لما كانت هذه العقوبة يجري فيها الاعتداء لشدتها و لاحتمال الإسراف عن الحد الذي قدره الشارع الحكيم و قد أقامها على وجوب التماثل في الأوصاف و المنافع فيها ، حد الشارع من غلوائها و قصر من عدوانها و منع الإسراف فيها تحقيقا لعدالتها ، قال الله

تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ۗ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾ (الإسراء : 33) .

و أقام ذلك على أسس معنوية تدخل من جملة المقاصد الضرورية التي شرع من أجلها القصاص ، منها :

1– المساواة : الأساس الذي يقوم عليه القصاص في المقام الأول هو المساواة ، فلا فرق بين ضعيف و قوي أو بين حاكم و محكوم ، و قد نقل القرطبي الإجماع على أن ولي الأمر الأعظم إذا ارتكب ما يوجب القصاص ، و جب عليه أن يقدم نفسه ليقتص منه ، كأن يتعدى على أحد من الرعية من غير حق باعتباره واحدا منهم ، إنما له مزية النظر لهم كالوصي و الوكيل ، و ليس في ذلك ما يمنع القصاص ، فكل الناس سواسية أمام أحكام الله ﷻ [1].

فالقصاص هو في حد ذاته إنما يعبر عن العدالة العقابية المطلقة و الذي مبناه على ضمان الأنفس و ما دونها من كل وجه ، بما يتحقق فيه المماثلة بقدر الإمكان ، فضمان النفوس و الأقوال مبناه العدل ، كما قال الله تعالى : ﴿ وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ۖ ﴾ (الشورى : 40)، و قال سبحانه : ﴿ ۚ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ ﴾ (البقرة :194) ، وقال عز من قائل : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴾ (النحل : 126)، فأمر بالمماثلة في العقوبة و القصاص [2].

---

[1] – ينظر : القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج2 ص: 194 .

[2] – ينظر : ابن قيم الجوزية ، **إعلام الموقعين** ، تحقيق طه عبد الرءوف سعد (دار الجيل ، بيروت : 1973 م)، ج1 ص: 318 .

و عند تتبع كل ما يتعلق بعقوبة القصاص ، يتبين أنها أقيمت على أن الجزاء يساوي العمل ، و تضمنت المساواة بين الجريمة و العقوبة ، فتشريع القصاص أقيم على أن العقوبة من جنس الجريمة ، فمن قتل ظلما و عدوانا و عمدا ، كان جزاءه القتل لا محالة، و ذلك إذا كان الاعتداء على النفس .

2– المماثلة : أما ما يتعلق بالقتل دون النفس ، كالأطراف و الجراحات ، فذلك يتحقق بالمماثلة التي هي صور من صور المساواة في هذه العقوبة ، فمن قطع اليد اليمنى لإنسان قطعت يمناه ، و إن كانت يسارا قطعت يساره ، ومن فقأ عين إنسان فالحكم أن تفقأ عين الجاني .

إلا أن الملاحظ من مقصود المماثلة في مادون النفس هو المساواة الممكنة ، ذلك أن المماثلة الحقيقية الكاملة لا يمكن أن تكون في الجراحات و الأطراف مهما اختلفت نوعا و جنسا و مقدارا .

فلا بد من وجود تفاوت يغتفر ، كما قرره الشارع الحكيم في قوله ﷻ : ﴿ وَأَوۡفُواْ ٱلۡكَيۡلَ وَٱلۡمِيزَانَ بِٱلۡقِسۡطِۖ لَا نُكَلِّفُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۖ ﴾ (الانعام :152)، قال الرازي : «و اعلم أنه لما كان يجوز أن يتوهم الإنسان أنه يجب على التحقيق ، و ذلك صعب شديد في العدل ، أتبعه الله تعالى بما يزيل هذا التشديد فقال : ﴿ لَا نُكَلِّفُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَا ﴾ ، أي أن الواجب في إيفاء الكيل و الوزن هذا القدر الممكن في إيفاء الكيل والوزن ، أما التحقيق غير واجب»[1] .

[1] – الرازي ، **التفسير الكبير** ، ج13 ص: 235 .

و المماثلة الحقيقية في النفس غير ممكنة ، و يغتفر التفاوت فيها ، و إلا ما قام قصاص قط ، و لعطل ذلك تعطيلا تاما ، و لذلك يقتص من الصحيح للمريض ، و من القوي للضعيف ، و تقطع اليد القوية في مقابل ما دونها و هكذا .

فالواجب في القصاص أن يفعل بالمعتدي كما فعل به ، فإن لم يكن و لم يتحقق ذلك كان من الواجب تحقيق ما هو الأقرب و الأمثل ، و سقط ما عجز عنه العبد من المساواة من كل وجه لعدم التمكن من ذلك[2].

3- **الضبط** :ولضبط عقوبة القصاص في الأطراف و الجراحات ، و ضعت قواعد عامة كان الهدف من ورائها ، تحقيق المماثلة الممكنة ، و حتى لا يجري الاعتداء على النفس فلا يتحقق معنى القصاص .

و قد ذكر هذه القواعد الإمام أبو زهرة استجمعها في ثلاثة :

أولها : التقابل بين الأعضاء ، فالأعضاء المتقابلة تقطع ، فاليد اليمنى باليد اليمنى ، والصحيحة بالصحيحة ، و لا تقطع الصحيحة بدل المريضة و هكذا .

ثانيها : ألا تؤدي المقابلة إلى زيادة أو نقص ، بمعنى : أن يكون التماثل ممكنا لا يزيد عن طبيعة الجرم ، فإن كان غير ممكن فلا قصاص .

ثالثها : أن تكون المنفعة التي فقدت مقابل المنفعة التي تزول بالقصاص ، فإذا كانت المنفعة التي تزول بإيقاع القصاص أشد فلا قصاص ، كأن يكون الجاني أعور ، و قد زال

---

[2] – ينظر : ابن قيم الجوزية ، **إعلام الموقعين** ، ج1 ص: 276 .

بصر إحدى عيني ذي العينين ، فإنه بلا شك إذا اقتص منه يزول عنه نور البصر ، بينما الجرم لم يذهب البصر كله[1] .

و لعل هذه القواعد التي وضعها الإمام أبو زهرة خلصت من جملة التفريعات الفقهية والاختلافات المتباينة بين الفقهاء في مسائل استيفاء القصاص خاصة في الأطراف والجراحات ، مثل القتل بالتغريق و الضرب بالحجر و القتل بالإحراق و فقء الأعور عين الصحيح و غيرها من الجرائم التي يكون فيها القصاص خطيرا قد يؤدي إلى التعدي والإسراف عن ما أوجبه الشرع .

و هذا ما جعل العلماء يحتاطون في القصاص في النفس و دون النفس ، قال ابن رشد : « و أما ما يجب في الجراح العمد إذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص ،

قوله ﷻ : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌۚ ﴾ (المائدة :45) ،و ذلك فيما أمكن القصاص فيه منها ، و فيما وجد منه محل القصاص و لم يخش منه تلف النفس »[2].

الفرع الثاني

من جهة المقصد الأصلي

لما أوجب الشارع الحكيم القصاص نظر إلى جهتين :

1- جهة من وقع عليه الجرم سواء كان في النفس أو دونها ، و التي تكمن مصلحته في إقامة العدل الذي هو القصاص ، فمكنهم الشارع الحكيم من ذلك .

---

(1) – ينظر : أبو زهرة ، **العقوبة** ، ص: 384 .

(2) – ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج6 ص: 51 .

و الشارع الحكيم مكن أولياء الدم من قتل الجاني قصاصا ، لدفع شره عن أنفسهم و تحقيقا لمعنى الحياة للأحياء في دفع سبب الهلاك عنهم [1].

فالجاني الذي ارتكب جريمة القتل فرض عليه إذا أراد ولي الدم القصاص ، الاستسلام لأمر الله و الانقياد لعدالته المشروعة ، و إن ولي الدم فرض عليه الوقوف عند قاتل وليه و عدم التعدي على غيره [2] كما كان يفعل أهل الجاهلية .

فمن معاني القصاص أنه حياة بطريق الزجر ، لأن من قصد قتل عدوه ، فإذا تفكر في عاقبة أمره أنه إذا قتله قتل به ، انزجر عن قتله ، فكان حياة لهما .

فالقصاص إنما شرعه الله تعالى- مع غلظته و شدته - ليشفي غيظ المجني عليه ، وذلك أن جريمة الدماء من أعظم الجرائم قسوة و شدة و أثرها على العالم خطيرة ، وعلى نفس المجني عليه أشد ، فكان لا بد أن تعالج هذه النفس بما يذهب غيظها ، و أن يطب الشارع أسقامها .

و لذلك مكن الشارع أولياء المجني عليه من القصاص من الجاني، و قرب منه رقبته إن كانت الجناية جناية قتل ، و المجني عليه فيها و لي الدم ، حتى يحقق وجه التمكن[3] .

و موازاة مع ذلك ندبهم إلى العفو من غير إيجاب مراعاة لمبدأ الإحسان و الذي يترجح به جانب العفو ، قال ﷻ : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ ﴾ (النحل:90) ، وقال أيضا :﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى ﴾ (البقرة :178)، وقوله ﷻ :﴿ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾ ،(البقرة :178).

---

[1] – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج26 ص: 106 .

[2] – ينظر : القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج2 ص: 193 .

[3] – ينظر : أبو زهرة ، **العقوبة** ، ص: 337 .

2- جهة القاتل أو الجاني الذي ارتكب جريمة القتل أو الجرح عمدا و عدوانا ، فأمر الشارع الحكيم بعدم التعدي عليه و عدم الإسراف في العقوبة ، قال تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾ (الإسراء:33)، و قوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ وَمَنْ عَاقَبَ بِمِثْلِ مَا عُوقِبَ بِهِۦ ثُمَّ بُغِىَ عَلَيْهِ لَيَنصُرَنَّهُ ٱللَّهُ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ ﴾ (الحج :60).

فإذا استقر هذا ، فإن ذلك إنما يعبر عن العدالة العقابية المطلقة التي صبغت بها الأحكام الشرعية من لدن حكيم خبير ، فصبغت الفروع الفقهية الدقيقة في مختلف المذاهب الفقهية بهذه العدالة ، فصار الفقيه إذا استقر أمر العقوبة و ثبت ، ينظر إلى الجهتين مراعيا في ذلك أولياء المقتول و صاحب الجناية ، حتى تكتمل لديه الصورة، سعيا لتحقيق العدالة التي أوجبها الشرع ، مقلدا في ذلك الشارع الحكيم ، و إحكاما للنصوص الشرعية و تحقيقا لمقاصد الشرع التي قصدها من تشريع العقوبات .

و القصد من بيان الجهتين ، حصول ما قصده الشارع من هذه العقوبة ، و هو الزجر الذي هو المقصد الأصلي للعقوبة ، و هذا المقصد قد تضمنته النصوص الشرعية السابقة في هذا الباب .

المطلب الثاني

القواعد الأساسية التي تقوم عليها الحدود

إن أمر الحدود قائم على شدة العقوبة و الحرص على تنفيذها من غير تعطيل لها أو تأخير تنفيذها ، لما في جرائمها من تعطيل لمقاصد تقوم بها الحياة و إفساد للعالم ، و هذا

أصل عام قامت عليه الحدود.

و قد تنازعت فيها قاعدتان أشار إليهما الفقهاء في تخريجاتهم على الأحكام الشرعية والتي تتعلق بالحدود .

الفرع الأول

القاعدة الأولى

تقوم على التمكين و التنفيذ ، بمعنى : عند وصول الجاني الذي اقترف حدا من الحدود إلى الحاكم و قد قامت الأدلة الثابتة أو صح الإقرار على فعل الجرم ، فإنه لا يسقط الحكم ، و يحرم الشفاعة و العفو ، و هذا ترجيحا لجانب الشدة فيها .

فلقد بين القرآن الكريم و السنة النبوية أحكام العقوبات على الجرائم المرتكبة من طرف الجناة ، و بين الأصل العام للعقاب عن الجرائم الواقعة على الآحاد و هو القصاص المبني على العدالة العقابية ، سواء كان في القتلى أو الأطراف أو الجروح .

أما الجرائم الواقعة على الجماعة كجرائم الزنا و السرقة و القذف و شرب الخمر والردة و الحرابة و البغي ، فقد دلت النصوص على تشريع أشد العقوبات فيها ، لتعلق الاعتداء فيها بحق الله عز وجل .

و الناظر إلى عقوبات الحدود يجد شدة و غلظة ، قد تدفعه إلى القول بأن العقوبة لا تتناسب مع الجرم المقترف ، و أنها ليس فيها معنى المساواة و لا تتحقق فيها العدالة العقابية ، و قد لا يناسب تطبيق حكمها في عصر من العصور ، لما فيها من الغلظة والشدة .

فقد ذكر القرآن الكريم ما يدل على عدالتها و مساواتها للجرم كحال حد السرقة ، قال ﷻ : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلاً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ (المائدة:38)، فكلمة جزاء تدل أنه يوجد تناسب بين عقوبة السرقة و جرمها و أن هذه العقوبة يتحقق منها معنى الزجر الذي هو المقصد الأصلي لتشريع الحدود ، والجنايات تتفاوت بقدر الأحوال ، و اللائق أن يغلظ الحكم بتغليظها ، فالأغلظ للأغلظ و الأخف للأخف ، و هذا ما تقرره قواعد الشرع .

ذلك أن السرقة تمس ما تقوم به الحياة و هو المال ، و إتيانها يأتي من جهة الخفاء والغفلة ، وهذا أمر يعسر على الناس حفظه و التحرز منه ، فاشتد في الناس حرز أموالها فكان من العدالة أن تشدد العقوبة حتى يأمن الناس على أموالهم التي هي من مقاصد التشريع الضرورية .

و قد خلص للفقهاء أن أحكام الحدود تعلق بها التغليظ للمظان التالية :

1- أن التغليظ كان سببه تعلق تلك العقوبات المقدرة بحق الله ﷻ ، وتمس الصالح العام.

فقد وجبت إقامة حقوق الله ﷻ و حفظها ، لتحقيق عموم مصالح العباد و دفع الضرر عنهم ، فكل جريمة يرجع ضررها إلى العامة ، فإن العقاب فيها يكون حقا لله تعالى تأكيدا لدفع الفساد و تحقيقا للنفع العام ، و لإعلام المخاطبين بلزوم إقامة هذه العقوبات و عدم التفريط بها و ضرورة رعايتها ، لأن ما يضاف إلى الله تعالى باعتباره حقا له يستلزم هذه الرعاية و العناية ، و يستلزم عدم سقوطها بإسقاط الأفراد و الجماعة لها[1] .

[1] – ينظر : عبد الكريم زيدان ، **المدخل إلى الشريعة** ، ص: 337 .

2- أن هناك تناسبا بين زيادة النعم و تغليظ العقوبة ، بمعنى : أن الله ﷻ إذا أنعم على عبده نعمة و عصى الله فيها بتعديه الحدود التي بينها لهذه النعمة ، فإن العقوبة تغلظ ، كوجود الإحصان مع الزنا ، فكانت العقوبة شديدة التي هي الرجم .

فالزنا مع الإحصان تعد على حدود الله ﷻ في نعمة أنعمها على عباده و هي الزواج ، و العقوبة تغلظ باجتماع النعم ، و لهذا هدد الله ﷻ نساء النبي ﷺ بضعف ما هدد به غيرهن ، قال ﷻ : ﴿ يَـٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَـٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَـٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ۚ وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرًا ﴾ (الأحزاب :30).

3- النظر إلى طبيعة هذه الجرائم و آثارها المترتبة ، تدل على فسادها العظيم على عامة الناس ، و فيها من الضرر ما يحتم تشديد العقوبة .

فالسرقة فيها ضياع للأموال ، و لا يخفى على عاقل قيمة المال التي منها تأتي المنعة ، فالإنسان بالمال يتصدق و يحفظ مروءته مثل إقامة الضيف و الهدايا ، فيكسب بها الأحباب و الأصدقاء ، و هو وقاية لعرضه من جهة بذله لدفع شر السفهاء .

و الزنا فيها من الفحش و القبح ما يذهب بماء الوجه و يفسد الطباع البشرية ، و فيها استهتار بالنفوس و الأسرة و فك لحمة القربى و الجماعة ، بل فيها اعتداء على النسل الذي هو سر بقاء نوع الإنسان .

و الخمر فيها من المفاسد التي تعكر صفو العقول و تضعفها ، و تقلل من كرامة الفرد ما يردفه إلى مكانة العجماء .

أما الحرابة و البغي ففيهما من الاستهتار بالنظام و استباحة للحرمات و توهين شأن الدولة ، ما يؤدي إلى خفاء الأمن و قلة معايش الناس .

و أما الردة ففيها اعتداء على الدين الذي هو قوام الحياة كلها ، و فك عرى العلاقات الاجتماعية ، و بث الفتن و المغالطات التي تضعف تماسك الجماعة ، و توثر من الشك ما تستخف به العقول ، و قد يؤدي ذلك إلى انتهاك حرمات الله ﷻ فتضيع الحقوق .

و لذلك ، فالناظر إلى طبيعة الحدود لا يجد تناسبا بين عقوباتها و جرائمها ، لكن إذا دقق النظر إلى الآثار المترتبة عن جنايات الحدود ، أدرك حقيقة مفادها : أن الجزاء الذي تقرر في الحدود لا ينظر فيه إلى الكم و لا إلى الحق الشخصي ، بل ينظر فيه إلى الآثار المترتبة على الجريمة .

فالحدود لا ينظر فيها إلى مقدار الفعل المرتكب و لا إلى مقدر الاعتداء الشخصي ، وإنما ينظر فيها إلى الآثار المترتبة عن جرائمها ، و هذه نظرة توحي إلى معنى العدالة العقابية التي صبغت بها الحدود يستقل به التشريع الإسلامي عن القوانين الوضعية و هذا شيء من فيض ، فلعل مرور الزمن و زيادة المحن يزيد من وضوح فكرة عدالة الحدود .

و عدم إدراك هذا المعنى جعل بعض الكتاب يهاجمون غلظة الشريعة الإسلامية في عقوبات الحدود ، لخفاء المعنى المقصود من أذهانهم ، و لعل مقارنة تطور العقاب في القوانين الوضعية بالعقاب في التشريع الإسلامي ، و تعلق الناظر بما تقرر في القوانين الوضعية يخفي المعنى المقصود بالعقاب عامة في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني

القـاعدة الثانية

قد عبر عليها الفقهاء بعبارة أن **الحدود مبنية على التخفيف و على الإسقاط و المساهلة** ، و يقصدون بذلك أن الشرع الحكيم لما أغلظ في عقوباتها ، ضيق من نطاق توقيعها وشدد في إثباتها ، مراعاة لمعنى قد تضمنه التشريع العقابي بمجمله و هو : أن المقصود من العقوبة ليس ذاتها و إنما الزجر .

و يمكن ملاحظة ذلك من خلال الأسس الغالبة في الحدود المتمثلة في يلي :

1- شدة العقوبة فيها استلزم شدة إثباتها .

2- يجري فيها التداخل .

3- أنها لا تثبت بالقياس .

الأساس الأول : أما كون الحدود مبنية على قاعدة : **شدة العقوبة استلزمت شدة إثباتها** فذلك قد ثبت بالاستقراء الفقهي للنصوص الشرعية التي تتعلق بالحدود ، فوجدوا أن الشارع الحكيم لم يرد العقاب ذاته لكثرة وضع الشروط اللازمة لإثباتها ، وإنما أراد المقصد الأصلي منها الذي هو الزجر ، فإذا حصل ذلك فقد حصل المقصود ، و لذلك اشتهرت قاعدة : **الحدود تدرأ بالشبهات** .

الأساس الثاني : فالحدود يجري فيها التداخل ، بمعنى :

- إذا اتفقت الحدود في الجنس و الموجب ، فقد استقر القول على أنه **إذا اجتمع أمران من جنس واحد و لم يختلف مقصودهما دخل أحدهما في الآخر غالبا** ، و لم يتعلق بالحد

حق آدمي[1] ، فإذا تكرر فعل الزنا مرارا و السرقة مرارا أو شرب مرارا ، أجزأ في ذلك حد واحد من جنسه .

– و إذا اختلفت في الجنس و القدر الواجب كمن سرق و شرب ، حد لكل من هذه الأفعال لاختلافها في الجنس و القدر الواجب ، فلا تداخل[2] . تعليل ذلك : أن المقصود من إقامة الحد حقا لله ﷻ ، إخلاء العالم من الفساد ، والإنزجار عن مباشرة سببه في المستقبل و هذا يحدث بحد واحد و ذلك في حالة ما إذا اتفقت في الجنس و الموجب ، بخلاف إذا زنى و قذف و شرب ، فيحد لكل واحد منها لعدم حصول المقصود .

و السبب في ذلك : أن الأغراض مختلفة ، فحد الزنا لصيانة الأنساب و حد القذف لصيانة الأعراض ، و حد الشرب لصيانة العقول و حد السرقة لصيانة الأموال ، فلا يحصل بكل جنس إلا ما قصد بشرعه .

الأساس الثالث : أما كونها لا تثبت بالقياس ، فقد اختلف العلماء في ذلك إلى رأيين :

1– رأي ذهب إلى جواز القياس في الحدود ، و ينسب ذلك إلى فقهاء الشافعية و هو الظاهر في كتبهم ، فقد قاسوا اللواطة على الزنا من حيث العقوبة ، فقرروا لها نفس العقوبة[3].

2– رأي ذهب إلى عدم جواز ذلك ، و ينسب إلى فقهاء الحنفية [4].

---

[1] – ينظر : السيوطي ، **الأشباه و النظائر** ، ط1 (دار الفكر ، بيروت : 2009م) ، ص: 123 ، و ينظر: الزركشي ، **المنثور في القواعد** ، ج1 ص: 270 .

[2] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5 ص: 533 .

[3] – ينظر : الغزالي ، **المستصفى من علم الأصول** (دار الأرقم ، بيروت : ب.ت) ، ج2 ص: 459 .

[4] – ينظر : البخاري ، **كشف الأسرار** ، ج3 ص: 551 .

أ- فأما حجة الرأي الثاني فهي : أن المقدرات و الحدود لا يعقل معناها ، و ما لا يعقل معناه يتعذر القياس فيه [1].

ب- و أما حجة الرأي الأول فقالوا : إنما قلنا بالقياس من حيث ظفرنا بالمعنى الذي لأجله ثبت الحكم ، فحيث تعذر ذلك و كان بعيدا ، فإنا لا نقيس[2] .

و المقصود ليس بيان الحجة التفصيلية لكل مذهب ، إنما بيان وجه التمكين ، و في هذا المقام بقول الإمام أبو زهرة : « و مهما يكن من الأمر في اختلاف الفقهاء في هذا المقام ، فإنه من المقرر الثابت أن القياس في باب العقوبات و الجرائم كان قليلا و لم يكن متسعا كالشأن في كل المسائل الفقهية الأخرى »[3].

و السبب في ذلك : أن الفقهاء علموا أن الحدود قائمة على الإثبات و الشرعية .

فأما قيام الحدود على الشرعية ، فذلك يدل على أن ليس لولي الأمر الزيادة أو النقصان على ما قدره الشارع الحكيم ، فرجح فيها معنى التعبد ، فكان التوقف على ما قدره الشارع أمرا لازما لحكمة يعلمها الحكيم القدير .

و أما قيامها على الإثبات ، فقد ثبت عند الفقهاء أن الشارع الحكيم أراد من الحدود التمكين بمعنى : إذا قامت الأدلة الثابتة و المستمرة على ثبوت العقوبة للجاني ، كان لزاما على ولي الأمر تنفيذ الحد من غير عفو و لا شفاعة ، فدل ذلك على أن الحدود بنيت على تغليب حق الله ﷻ .

---

[1] - ينظر : المصدر نفسه و الجزء و الصفحة نفسها .

[2] - ينظر : القرافي ، **تنقيح الفصول** ، ص: 324 ، و ينظر : الآمدي ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، ج4 ص: 67.

[3] - أبو زهرة ، **أصول الفقه** (دار الفكر العربي ، القاهرة : ب.ت)، ص: 243 .

فاستقر عند الفقهاء أن الغالب في الحدود التوقف ، فلم يوسعوا من دائرة القياس فيها، و ابتعدوا عن ذلك .

المطلب الثالث

القواعد الأساسية التي تقوم عليها التعازير

و يتناول هذا المطلب قواعد عامة استقر عليها الفقهاء ، تمثل ضوابط للحاكم حتى لا يخرج عن المقصود من التعزير ، و كذلك عن ولاية إقامتها باعتبارها حق لولي الأمر أو واجب عليه .

الفرع الأول

القواعد العامة التي يقوم عليها التجريم و العقاب في التعازير

1- التعزير مبني على القواعد العامة التي يقوم عليها التجريم و العقاب ، كالنهي عن الفحشاء و المنكر و البغي و تحريم الخبائث و الظلم و العدوان .

فعدم التنصيص لا يخرجها من الشرعية ، إنما هي من ضمن قواعد عامة نصت عليها الشريعة الإسلامية ، في إطار العقوبات المسموح بتوقيعها ، فهي لا ترتقي في الغالب إلى مرتبة الحد أو القصاص .

و لذلك ، إذا تحقق أن شخصا ما ارتكب نوعا من المحرمات التي حرمها التشريع ، والتي تمس مصلحة من مصالح العامة ، أو المصلحة الخاصة يتقرر فيها حق العباد ، فإذا

عاقبت السلطة المختصة في الدولة على ضوء هذه القواعد العامة ، فهي تعاقب بعقوبة تعزيرية على جريمة سبق تجريمها بنصوص شرعية .

2- و التعزير لم يختلف عن الحدود و القصاص و الدية لاعتبارين :

الاعتبار الأول : أن المصلحة العامة تقتضي التوسع و عدم التضييق ، و طبيعة التعزير تقتضي هذا التوسع ، بخلاف الحدود و القصاص .

الاعتبار الثاني : أنها تتعلق بالأحكام التكليفية أكثر من تعلقها بالأحكام الوضعية ، فهي تنص على الجريمة و تقرر الأفعال المجرمة ، و لا تنص على العقوبة ، و إنما يترك تقديرها إلى السلطة المختصة في تحديد نوع العقاب .

3- و التعزير من العقوبات المرنة ، فيها يراعى أحوال و ظروف المجرم ، و يكون الزجر فيه بالكلام و التوبيخ و الحبس و النفي ، و ليس المقصود منه التلف ، و بذلك يعطى للقاضي مجال واسع لتقدير العقوبة دون إهمال شخص الجاني .

قال ابن قيم الجوزية : « ثم لما كانت مفاسد الجرائم بعد متفاوتة غير منضبطة في الشدة و الضعف و القلة و الكثرة – و هي ما بين النظرة و الخلوة و المعانقة – جعلت عقوباتها راجعة إلى اجتهاد الأئمة و ولاة الأمور بحسب المصلحة في كل زمان و مكان ، وبحسب أرباب الجرائم أنفسهم ، فمن سوى بين الناس في ذلك و بين الأزمنة و الأمكنة و الأحوال لم يفقه حكمة الشرع »[1].

---

[1] – ابن قيم الجوزية ، **إعلام الموقعين** ، ج2 ص: 128 .

4- **فالمقصود من التعزير الاستصلاح والتأديب** ، و لا يقصد منه التلف[1] ، بمعنى : أن لا تؤدي هذه العقوبة إلى ما يفسد البدن و يهلك النفس ، لأن الواجب فيه الأدب ، والأدب لا يكون بالإتلاف ، و يتحقق فيها معنى الزجر حتى يطلق عليها مفهوم العقوبة

5- و يلاحظ أن التعازير قد تضمنت قواعد أخرى من شأنها أن تبرز خصائص العقوبة في الفقه الإسلامي ، و هي موجودة ضمن اجتهادات الفقهاء الذين أقاموا الأسس العامة للتعزير ، و ضبطوا من خلالها تصرفات الحكام ، من ذلك ما يلي :

ما تضمنته العقوبات التعزيرية و التي أثبتت أنه ليس في التشريع الإسلامي ما يسمى بالإفلات من العقاب ، فإذا تخلف الحد أو القصاص لوجود شبهة أو لعفو ، فإن هذا ليس مبررا لسقوط العقوبة ، و إنما هناك جانب تكلم فيه الفقهاء و فصلوا فيه تفصيلا فيما يتعلق بمراعاة حق الله ﷻ عند وجود الشبهة في الحد أو صدور عفو في القصاص ، حتى لا يفلت الجاني من العقاب ، و هنا يطبق التعزير بقواعده العامة ، و لذلك قال العلماء : «المعصية تفتقر إلى ما يمنع من فعلها ، فإذا لم يجب فيها الحد و لا كفارة ، وجب أن يشرع فيها التعزير ليتحقق المانع من فعلها »[2].

و هذا الذي دفع العلماء إلى تقسيم التعازير إلى ثلاثة أقسام و هي — على سبيل البيان:

تعازير المصلحة و تعازير المخالفات و تعازير المعاصي و هو الأصل .

أما التعزير للمعاصي فهو الأصل و الغالب في مفهوم الفقهاء له .

و المعصية ترك الواجب و إتيان المحرم ، وهي على ثلاثة أحكام :

---

(1) — ينظر : ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ج2 ص: 218 .

(2) — البهوتي ، **كشف القناع** ، ج6 ص: 121 .

أ- معصية فيها حد و كفارة ، كالزنا و السرقة و الشرب و القذف ، فيكفي في ذلك الحد عن عقوبة التعزير .

ب- معصية فيها كفارة و لا حد ، كالجماع في نهار رمضان .

ج- معصية لا كفارة فيها و لاحد ، كالخلوة بالمرأة الأجنبية ، أو تحقق شبهة في الحد .

و هذا النوع الأخير هو الذي يسوغ فيه التعزير وجوبا عند أكثر الفقهاء و جوازا عند الإمام الشافعي[1] .

6- من ناحية المبدأ العام للتعزير ، فإن **المقصود منه الأدب و الاستصلاح** ، لكن في بعض جزئيات الفروع الفقهية تبين أن التعزير قد يصل إلى حد القتل ، مخالفا في ذلك المبدأ العام .

فقد ذهب فقهاء المالكية و بعض فقهاء الحنابلة على جواز قتل الجاسوس المسلم إذا تجسس على المسلمين ، و قتل الداعية إلى البدع المخالفة للكتاب و السنة كالجهمية[2] ، و أجاز أبو حنيفة التعزير بالقتل فيما تكرر من الجرائم[3] .

---

[1] – ينظر : ابن قيم الجوزية ، **الطرق الحكمية** ، ص: 143.

[2] – ينظر : ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ج2 ص: 223 ، و ينظر : ابن قيم الجوزية ، **الطرق الحكمية** ، ص: 143 ، و ينسب هذا الاعتقاد (الجهمية) إلى جهم بن صفوان ، و من بدعهم إنكار صفات الله ﷻ و القول بخلق القرآن ، ينظر : شمس الدين الذهبي ، تاريخ الإسلام و وفيات المشاهير و الأعلام ، تحقيق عبد السلام تدمري ، ط1(دار الكتاب العربي ، بيروت : 1987م) ، ج8 ص: 66 .

[3] – ينظر : ابن عابدين ، **رد المحتار** ، ج4 ص: 63 .

الفرع الثاني

حكم القيام بالتعازير

من ناحية حكم القيام بالتعازير ، بمعنى : إذا كان ولي الأمر مفوضا في إقامة التعازير الواجبة حقا لله ﷻ ، فهل يعد هذا حقا لولي الأمر أم أنه واجبا عليه ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين :

1- مذهب فقهاء الحنفية و المالكية ، على أن التعزير واجب في أصله على ولي الأمر ، و الخيار له في تقدير العقوبات على ما يراه الشارع الحكيم من قيود تجب مراعاتها فليس له مطلق الحرية في ذلك[1] .

2- ظاهر مذهب الشافعية ، على أن ولي الأمر مخير بين العقاب و عدمه ، كما هو مخير في تقدير العقوبة[2] .

وقد استدل الشافعية على مذهبهم بأدلة و قد ردت كلها ، فلم تقم بها الحجة[1] .

و الخلاف في حقيقته لم يكن جوهريا ، و إنما يحتاج إلى رد الأمور إلى نصابها و إرجاع الفروع إلى أصولها .

---

[1] – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج9 ص: 108 ، و ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج6 ص: 320 .

[2] – ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 255 .

[3] – ينظر : ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) ، ج5 ص: 346 ، القرافي ، **الفروق** ج4 ص: 145 .

فالمعاصي في التشريع الإسلامي تنقسم إلى قسمين ، كبائر و صغائر ، و الإثم يقع فيمن ارتكب الكبائر ، و يقع في الصغائر إذا كان معها الإكثار منها و الإصرار على ارتكابها .

و هذا يدل على أن العقوبات التعزيرية إنما تكون على الكبائر لا على الصغائر ، إلا إذا كانت هذه الصغائر فيها اعتداء على حقوق الغير ، و قد أجمعت الأمة على أن العقاب واجب في ذلك [1] .

و يلاحظ في العقوبة – عامة– و الباعث عليها أمور ثلاثة :

أ– وجود فساد عام .

ب– الحمل على التوبة و الرجوع إلى الجادة .

ج– الزجر العام .

فإذا تحقق الموجب بواحدة من هذه الأمور الثلاثة و تحققت الشروط ، أصبح وجوب العقاب ضرورة ، و لذلك قال السرخسي : « إقامة التعزير على الإمام شرعا إذا علم أنه لا ينزجر إلا به ، و ما يكون مستحقا على المرء لا يتقيد بشرط ليس في وسعه التحرز عنه »[2] .

فوجوب العقاب يتعين إذا استدعته الدواعي إلى ذلك ، كمنع الفساد في الأرض و ما تدعو إليه المصلحة في منع الجريمة و قطع دابرها في المستقبل .

و الشافعية لا يمكنهم أن يقولوا : للإمام أن يترك التعزير حين يتعين الفساد و توجد دواعي العقوبة .

فدل ذلك أن مراد الشافعية شيء آخر قد بينه الإمام أبوزهرة من خلال عبارات الإمام

---

[1] – ينظر : ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** (دار المعرفة ، بيروت : ب.ت) ، ج5 ص: 46.

[2] – السرخسي ، **المبسوط** ، ج9 ص: 108 .

الشافعي الواردة في إفادة معنى التخيير .

فبين القصد منها أنه ليس بواجب عليه إن تعين الإنزجار ، فهو يقصد أنه مبني على رأي الإمام و على تقديره في الجملة ، فإذا عاقب فبرأيه الذي تدفع إليه المصلحة ، وإن ترك فلأن المصلحة أوجبت ذلك [1] .

ثم هناك قصد آخر تضمنته فروع الشافعية ، يتمثل في : أن يجعل و لي الأمر ملزما بضمان ما يؤدي له العقاب من عجز أو وفاة أو قطع لطرف و غير ذلك ، لأنه ما دام الحق لولي الأمر فهو غير ملزم بعقوبة معينة .

و على ذلك فمتى اختار عقوبة ، فإنه يتقيد في اختياره لهذه العقوبة بشرط السلامة الذي هو قيد على استعمال الحق في الشريعة الإسلامية .

ففقهاء الشافعية عندما يتكلمون عن ذلك ، يجعلونه في باب المتلفات ، و لا يذكرون عنه شيئا في باب التعزير[2] .

ثم إن التعزير في أصل مشروعيته من قبيل الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر ، و هو أمر لا يمكن أن يقول فيه الشافعية أنه غير واجب على ولي الأمر إذا كان العقاب قد تعين دفعا للمنكر و حملا على المعروف ، و الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر أمر واجب .

و قد خلص الإمام أبو زهرة إلى الاعتقاد بأن الفقهاء مجمعون كما قال الزيلعي على أن التعزير واجب إن تعين سببه ، فلا فرق بين نظر الشافعي و نظر غيره ، و أنه إن لم يتعين الإنزجار بأن ظهرت على العاصي بوادر التوبة ، فإنه لا موجب للعقاب إن لم يحصل فساد ، فكان لولي الأمر ترك العقاب [3] .

---

[1] – ينظر : أبو زهرة ، **الجريمة** ، ص: 300 – 301 .

[2] – ينظر :الشافعي ، **الأم** ، ج6 ص: 171 – 173 ، و ينظر :ابن زكريا ، **أسنى المطالب** ، ج4 ص: 162 .

[3] – ينظر : أبو زهرة ، **الجريمة** ، ص: 302 .

و هـذا يـدل أن للفقهـاء نظـرة خاصـة في موجـب العقـاب و الـذي يتمثـل في منـع استمرار الفسـاد في الأرض بالنسـبة لعقوبـات التعزيريـة ، باعتبارهـا حمـل علـى أداء واجـب الـذي هـو الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر ، فالعقوبة التعزيرية ليست تكفيرا على ما اقترف الجاني من جريمة ، فإذا وجد الموجب أصبحت العقوبة واجبة و ضرورية باتفاق العلماء .

المبحث الثالث

الأصول الشرعية للعفو

و فيه بيان مشروعية العفو في كل من عقوبة القصاص و الحدود و التعازير ، من الكتاب و السنة ، مع الإشارة إلى حكمه التكليفي .

المطلب الأول

في عقوبة القصاص

الذي استقر عليه الفقهاء أن القصاص فيه حقان ، حق الله ﷻ و المتمثل في تمكين العقوبة ، و حق العبد المتمثل في العفو ، و أضيفت هذه العقوبة إلى حق العبد ، بمعنى : أن حق العبد في القصاص غالب على حق الله ﷻ .

و هذا التغليب إنما يبرز من خلال ندب الشارع الحكيم إلى العفو في كثير من النصوص التي تتعلق بعدالة العقوبة ، و قد ذكر من ذلك الكثير في الباب الأول في الفصل الأول .

الفرع الأول

القرآن الكريم

1- قوله ﷻ : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ﴾ (البقرة :178) ثم يقول ﷻ : ﴿ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ (البقرة:178) ، فأتبع عدالة العقوبة بالعفو .

ثم قال ﷻ : ﴿ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞ ﴾ (البقرة:178) ، قال القرطبي : « لأن أهل التوراة كان لهم القتل و لم يكن لهم غير ذلك ، و أهل الإنجيل كان لهم العفو و لم يكن لهم قود و لادية ، فجعل الله تعالى ذلك تخفيفا لهذه الأمة ، فمن شاء قتل و من شاء أخذ الدية و من شاء عفا »[1]، ففيه دلالة على أن العفو من باب التخفيف وتيسير أمور هذه الأمة .

2- قوله ﷻ : ﴿ وَكَتَبۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ وَٱلۡعَيۡنَ بِٱلۡعَيۡنِ وَٱلۡأَنفَ بِٱلۡأَنفِ وَٱلۡأُذُنَ بِٱلۡأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞۚ ﴾ (المائدة:45) ، إلى قوله ﷻ : ﴿ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٞ لَّهُۥ ﴾ (المائدة:45) ، قال ابن كثير :« فشرع العدل و ندب إلى الفضل و هو العفو »[2].

و لا حظ العلماء – من خلال النصوص الشرعية – أنه عندما يقر الشارع الحكيم بعدالة العقوبة ، يتبع ذلك بمشروعية العفو ، و لا يقف عند ذلك ، و إنما يدعو إلى تفضيل و ندب العفو على عدالة العقوبة ، من ذلك قوله ﷻ : ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ ﴾ (الشورى:40) ، ثم يقول من نفس الآية : ﴿ فَمَنۡ عَفَا وَأَصۡلَحَ فَأَجۡرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ ﴾ ، و كذلك في قوله ﷻ : ﴿ وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ ﴾ (النحل:126) ، ثم يقول سبحانه و تعالى من نفس الآية : ﴿ وَلَئِن صَبَرۡتُمۡ لَهُوَ خَيۡرٞ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴾ ، يقول

---

[1] – القرطبي ، **جامع الأحكام** ، ج2 ص: 201 .

[2] – ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، ج7 ص: 194 .

الرازي مفسرا لهذه الآية : « و هذا تصريح بأن الأولى ترك ذلك الانتقام ، لأن الرحمة أفضل من القسوة و الإنفاع أفضل من الإيلام»[1].

فظاهر دلالة النصوص السابقة يقر بأن العفو أفضل من العقوبة ، و أنه مشروع لهذه الأمة توسعة و رحمة و تيسرا للعباد إلى ما فيه مصلحتهم التي يعلمها الله سبحانه و تعالى من ذلك .

الفرع الثاني

السنة النبوية

1- من السنة ، حديث أنس بن مالك : ﴿ **ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه قصاص إلا أمر فيه بالعفو** ﴾[2] .

2- حديث أبي الدرداء ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : ﴿ **ما من رجل يصاب بشيء في جسده فيتصدق به إلا رفعه الله به درجة و حط عنه به خطيئة** ﴾[3] .

3- حديث أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : ﴿ **ما عفا رجل عن مظلمة إلا زاده الله بها عزا**﴾[4] .

4- حديث عبد الرحمن بن عوف أن النبي ﷺ قال:﴿ **ثلاث و الذي نفس محمد بيده إن كنت لحالفا عليهن : لا ينقص مال من صدقة فتصدقوا ، و لا يعفو عبد عن مظلمة يبغي بها ووجه الله إلا رفعه، قال أبو سعيد مولى بني هاشم : إلا زاده الله بها عزا يوم القيامة ، و لايفتح عبد باب مسألة إلا فتح الله عليه باب فقر**﴾[5].

---

[1] – الرازي ، **التفسير الكبير** ، ج20 ص: 141 .

[2]– أخرجه أبو داود في **السنن** ،كتاب الديات ، رقم : 4497.

[3]– أخرجه ابن ماجة في **السنن** ،كتاب الديات ، رقم : 2613 .

[4]– سبق تخريجه .

[5]– أخرجه الإمام أحمد في **المسند** ،كتاب مسند العشرة المبشرين بالجنة ، رقم : 1584 .

5- حديث أنس بن مالك في قصة الربيع بنت النضر بن أنس كسرت ثنية جارية .. فقال النبي ﷺ : ﴿ **كتاب الله القصاص** ﴾ ، فعفا القوم ، فقال رسول ﷺ : ﴿ **إن من عباد الله لو أقسم لأبره** ﴾[1] .

و يستفاد من هذا الحديث أمران :

الأمر الأول : إصرار النبي ﷺ على القصاص ، دلالة على أن الحق صار بأيد أولياء الدم ، و هذا ما حرك فيهم مشاعر السماح و العفو ، و هذه من فوائد تمكين القصاص.

الأمر الثاني : رغبة النبي ﷺ في العفو لم يبدها ، لأنه لما كان العفو أشار النبي ﷺ إلى أنه صادف رضا في نفسه ﷺ .

فهذه نصوص من السنة القولية و الفعلية صريحة في الندب إلى العفو .

المطلب الثاني
في عقوبات الحدود

من النصوص الشرعية التي استدل بها الفقهاء على مشروعية العفو في الحدود ما يلي :

1- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : ﴿ **تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب** ﴾[2] .

2- حديث صفوان عن أبيه : **أنه نام في المسجد و توسد رداءه ، فأخذ من تحت رأسه فجاء بسارقه إلى النبي ﷺ** ، **فأمر به النبي ﷺ أن يقطع** ، **فقال صفوان** : **لم أرد هذا ، ردائي**

---

[1]- سبق تخريجه .

[2]- أخرجه النسائي في **السنن** ، كتاب قطع السارق ، رقم : 4803 .

عليه صدقة ، فقال رسول الله ﷺ : ﴿ **هلا كان قبل أن تأتيني به** ﴾[1] ، و استدل به الفقهاء بجواز العفو عن عقوبة السرقة قبل رفع الدعوى إلى و لي الأمر ، و قد استحسن الفقهاء الشفاعة من المجني عليه قبل رفع السارق إلى الحاكم ليكون العفو منه ، عملا بقوله تعالى : ﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴾ (الأعراف :199) .

3- قول ﷺ : ﴿ **ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة** ﴾[2].

- و من أقوال الصحابة رضوان الله عليهم جميعا و التابعين ما يلي :

أ- روى عن الزبير **أنه لقي رجلا قد أخذ سارقا و هو يريد أن يذهب به إلى السلطان ، فشفع له الزبير ليرسله ، فقال : لا ، حتى أبلغ به السلطان ، فقال الزبير : إذا بلغت به السلطان ، فلعن الله الشافع و المشفع**[3] .

ب- ما روي أن عليا **شفع لسارق فقيل له : تشفع لسارق ، قال : نعم ، إن ذلك يفعل ما لم يبلغ الإمام ، فإذا بلغ الإمام فلا أعفاه الله إذا أعفاه** [4].

هذه من جملة النصوص التي استدل بها الفقهاء على جواز العفو في الحدود ، و من أثر ذلك : تقسيم بالنسبة لجواز العفو إلى ما قبل رفع الدعوى إلى الإمام و ما بعد رفعها إلى

---

[1]- سبق تخريجه .

[2] – أخرجه الترمذي في **الجامع** ، كتاب الحدود رقم : 1424 ، و ضعف رفعه ، و الحاكم في **المستدرك** ، ج4 ص: 384 و قال : صحيح الإسناد ، و الدارقطني في **سننه** ، ج3 ص: 84 .

[3] – أخرجه الدارقطني في **السنن** ، كتاب الحدود و الديات ، رقم : 364 .

[4] – أخرجه ابن أبي شيبة في **المصنف** ، كتاب الحدود ، رقم : 28082 .

الإمام ، فما كان قبل ذلك فقد استحسن الفقهاء العفو في السرقة و القذف، و ترجيح ما يدعو إلى العفو في الزنا و الشرب و الحرابة ، كستر العيوب والمسارعة إلى التوبة .

إلا أنه لا بد من التنبيه إلى أمر مفاده : أن نصوص تمكين الحدود أصح من نصوص أفضلية العفو فيها ، و لذلك احتاط العلماء فيها عند موضع الشبهة ، و رجحوا جانب التمكين فيها عند حصول الإثبات ، فلا عفو و لا شفاعة بالاتفاق .

المطلب الثالث

في عقوبات التعازير

الذي عليه الاتفاق بين الفقهاء ، جواز العفو في جرائم التعازير ، للأدلة التالية :

1- قوله ﷺ : ﴿ **أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود** ﴾[1]، قيل هم أصحاب الصغائر دون الكبائر ، و قيل : من لم يظهر منه ريبة [2] ، و لذلك فرق العلماء بين ما هو معروف بالصلاح و إنما هي زلة ، و بين ما هو معروف بالفجور .

2- قوله ﷺ : ﴿ **اشفعوا تؤجروا ، و ليقضي الله على لسان نبيه ما أحب** ﴾[3]، و ذلك في التعزير و ليس الحدود .

3- قوله ﷺ في الأنصار : ﴿ **اقبلوا من محسنهم و تجاوزوا عن مسيئهم** ﴾[4] .

---

[1] – سبق تخريجه .

[2] – ينظر :البغوي ، **شرح السنة** ، ج10 ص: 330 .

[3] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب الزكاة ، رقم : 1432 .

[4]- أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب مناقب الأنصار ، رقم : 3799 .

4- ما روي عن ابن مسعود ﷺ أنه قال : ﴿ **إن رجلا أصاب من امرأة قبلة ، فأتى رسول الله ﷺ فأخبره** ، فأنزل الله ﷻ : ﴿ وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ طَرَفَيِ ٱلنَّهَارِ وَزُلَفًا مِّنَ ٱلَّيۡلِۚ إِنَّ ٱلۡحَسَنَٰتِ يُذۡهِبۡنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِۚ ذَٰلِكَ ذِكۡرَىٰ لِلذَّٰكِرِينَ ﴾ (هود : 114) ، **فقال الرجل** : **يا رسول الله ألي هذا** ، **قال**ﷺ : **لجميع أمتي كلهم** ﴾[1] .

5- ما روي أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير بن العوام عند النبي ﷺ في شراج الحرة[2] التي يسقون بها النخيل ، فقال الأنصاري : سرح الماء يمر ، فأبى عليه ، فاختصما عند النبي ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ للزبير : ﴿ **اسق يا زبير بالمعروف ثم أرسل إلى جارك** ، **فقال الأنصاري** : **أن كان ابن عمتك** ، **فتلون وجه رسول الله ﷺ** ، **ثم قال** : **اسق ثم احبس يرجع الماء إلى الجدر و استوعى له حقه، فقال الزبير** : **و الله إن هذه الآية أنزلت في ذلك** :﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤۡمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيۡنَهُمۡ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِيٓ أَنفُسِهِمۡ حَرَجٗا مِّمَّا قَضَيۡتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسۡلِيمٗا ﴾ (النساء : 65) ﴾[3] .

ووجه الدلالة في ذلك : لو لم يجز التعزير لعزره الرسول ﷺ ، لأن التعزير تأديب ، فأشبه من هذا الوجه تأديب الأب و المعلم ، لكن ترك عقوبته .

---

(1) – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب مواقيت الصلاة ، رقم : 5261 .

(2) – الشراج :الساقية التي في الحرة ، و الحرة : أرض بركانية ملبسة بالحصى ، ينظر : ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج2 ص: 305 .

(3) – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب المساقاة ، رقم : 2189 .

المبحث الرابع

الضوابط العامة للعفو عن العقوبة

و القصد من هذا المطلب هو تفصيل ما تقرر من أصل العفو و بيان حكمه التكليفي و المعنى : أن إثبات الشارع للعفو في العقوبة مبني على مقاصد ، أشار إليها الفقهاء من خلال ضبطهم لأمر العفو .

المطلب الأول

في القصاص

المعلوم أن الشارع الحكيم حث على تمكين القصاص ، لأن فيه حياة الناس و استقامة أمورهم ، و حث على العفو و رغب في ذلك تيسيرا و تخفيفا للعباد لحكم يعلمها .

و مع تشريع الأمرين (القصاص و العفو) ، قد يتبادر إلى الذهن سؤال مفاده : ما الأولى للمظلوم ، هل العفو أم العقوبة ؟

– فقد يقول قائل أن الأولى للمظلوم العفو ، لأن الله ﷻ لا يندب عباده إلى العفو إلا و فيه مصلحتهم راجحة على مصلحة الانتصاف من الظالم ، و زيادة على ذلك فيه الأجر الكبير ، فالعافي يستحق من الأجر ما لا يستحقه من العوض عن تلك المظلمة .

و هذا ترجيح لباب الإحسان الذي هو العفو على مبدأ عدالة العقوبة ، إتباعا للشرع الحكيم الذي حث و رغب في العفو على عدالة العقوبة كما تضمنته النصوص السابقة .

– و قد يقول قائل الأولى ترك العفو و الانتصاف من الظالم ، لأنه ما دام الشارع الحكيم أمر بتمكين القصاص و ندب إلى العفو ، فإننا لا نعلم هل القيام بالقصاص أنفع للمظلوم أم أجر العفو ؟ و مع قيام الاحتمال و التردد فليس إلى القطع بأولوية العفو طريق ، و قد تبين جزء من هذا في الباب الثاني في الفصل الثاني عند الكلام عن الإشكالات الأصولية .

و قد لوحظ أن النبي ﷺ كما كان في كثير من الأحداث بعد تقرير عقوبة القصاص يأمر بالعفو و يفضله و يرغب فيه ، كان يأمر بتثبيت العقوبة العادلة التي هي القصاص من ذلك :

1– فقد ثبت عن أنس بن مالك رضي الله عنه ﴿ **أن نفرا من عكل ثمانية قدموا على رسول ﷺ فبايعوه على الإسلام ، فاستوخموا الأرض ، و سقمت أجسامهم ، فشكوا ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال : ﴿ ألا تخرجون مع راعينا في إبله ، فتصيبون من أبوالها و ألبانها ﴾ ، فقالوا : بلى ، فخرجوا فشربوا من أبوالها و ألبانها فصحوا ، فقتلوا الراعي و طردوا الإبل ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ ، فبعث في آثارهم ، فأدركوا فجيء بهم ، فأمر بهم فقطعت أيديهم و أرجلهم و سمر أعينهم ، ثم نبذوا في الشمس حتى ماتوا** ﴾[1]، و إن كان هذا في باب الردة و الحرابة مع وجود القتل ، إلا أن النبي ﷺ أقر بالعقوبة و إن كان باب التوبة إليهم قريب .

2– و كذلك عنه رضي الله عنه ﴿ **أن جارية وجد رأسها قد رض بين حجرين ، فسألوها : من صنع هذا بك ؟ فلان فلان ، حتى ذكروا يهوديا ، فأومأت برأسها ، فأخذ اليهودي فأقر فأمر به رسول الله ﷺ أن يرض رأسه بالحجارة** ﴾[2].

---

[1]– سبق تخريجه .

[2]– سبق تخريجه .

لذلك ، فأمر العفو في القصاص لا بد أن ينضبط في إطاره الشرعي حتى يتحقق مقصود الشارع الحكيم من تشريعه للعفو في هذه العقوبة .

فالعفو قد يكون منتجا لآثاره المطلوبة شرعا في مواضع و غير منتج في مواضع أخرى ، بمعنى : يمكن أن يكون للعفو مصلحة راجحة على عدالة العقوبة قصدها الشارع ، لكن في مواضع أخرى لم تتحقق هذه المصلحة الراجحة و يترجح عليها جانب العدل الذي هو القصاص .

وتعليل ذلك يمكن أن يكون من عدة زوايا منها :

الزاوية الأولى : تتمثل في تصرف الشارع الحكيم ، و قد بينا تصرف الرسول ﷺ مع ذلك ، أما القرآن الكريم فقد ذكر العفو في معرض المدح و ذكر القصاص في معرض المدح كذلك ، كقوله ﷻ : ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (البقرة:179) ، فهذا موضع الترغيب إلى إقامة القصاص و النهوض به كما بينا سابقا في معرض تمكين القصاص، و قوله ﷻ : ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ ٱلْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ ﴾ (الشورى:39)، و هذا موضع صريح في مدح للعقوبة ، فكان لزاما بيان السبب في مدح العقوبة و مدح العفو معا .

و قد بين ذلك ابن العربي في تفسيره قائلا : « ذكر الله ﷻ الانتصار في البغي في معرض المدح ، و ذكر العفو عن الجرم في موضع آخر في معرض المدح ، فاحتمل أن يكون أحدهما رافعا للآخر ، و احتمل أن يكون ذلك راجعا إلى حالتين :

– **إحـداهما** : أن يكـون البـاغي معلنـا بـالفجور ، و قحـا في الجمهـور ، مؤذيـا للصـغير والكبير ، فيكون الانتقام منه أفضل ، و في مثله قال إبراهيم النخعي : «كانوا يكرهون أن يذلوا أنفسهم فتجترئ عليهم الفساق » .

– **الثانيـة** : أن تكـون الفلتـة أو يقـع ذلـك ممـن يعـرف الزلـة و يسـأل المغفـرة ، فـالعفو هنـا أفضل »[1].

و يقـــول الجصـــاص تفســـيرا لقولـــه ﷻ : ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ ٱلۡبَغۡيُ هُمۡ يَنتَصِرُونَ ﴾ :«يـدل ظـاهره علـى أن الانتصـار في هـذا الموضـع أفضـل ، ألا تـرى أنـه قرنـه إلى ذكـر الاستجابة لله تعالى و إقامة الصلاة ، و هو محمول على ما ذكره إبراهيم النخعي ، فهنا فيمن تعدى و بغى و أصر على ذلك ، و الموضع المأمور فيه بالعفو إذا كان الجاني نادما مقلعا »[2] .

و هذا ما خلص إليه الإمام أبو زهرة ، يقول : « و لعله لاحظ (تصرف النبي ﷺ مع اليهودي الذي قتل الجارية) أنه إذا كان الجاني ممن تتحرك في قلوبهم عوامل الحقد والحسد في الإفساد ، و العفو لا يزيده إلا عتوا و إمعانا في الفساد ، فإنه لا يكون للعفو موضع ، بل يكون الحسم للفساد بالقصاص و الزجر و الحياة الفاضلة الآمنة التي بينها الله سبحانه و تعالى : ﴿ وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ ﴾ (البقرة:179)»[3].

[1] – ينظر : ابن العربي ، **أحكام القرآن** (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) ، ج4 ص: 87 ،و ينظر : القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ص:31 .

[2] – الجصاص ، **أحكام القرآن** ، ج3 ص: 573 .

[3] – أبو زهرة ، **العقوبة** (دار الفكر ، القاهرة : ب.ت) ، ص: 535 .

فتبين أن الشارع الحكيم أراد العفو و رغب فيه من حيث كون مصلحته راجحة متضمنة صلاح الجاني و سعيه إلى التوبة و إلى الغفران .

لكن لا بد من التنبيه إلى أمر مفاده : أن الشارع الحكيم رغب في العفو عند موضع التمكين للعقوبة و تحقق المقصد الأصلي لها الذي هو الزجر ، فإذا تحقق ذلك ينظر إلى الجاني و أحواله ، فإن كان من أهل الصلاح و إنما هي زلة وقع فيها نتيجة الغضب أو أي شيء آخر ، فإن العفو في هذه الموضع مرغوب فيه و إلا تمكين العقوبة .

و إن كان من أهل الفساد و الفجور و قد اشتهر بذلك ، فإن العفو لا يزيده إلى فسادا و استهتارا بالأحكام و تهوينا بالنظام ، فكان الأولى العقوبة حسما للفساد .

الزاوية الثانية : و هو النظر في المقاصد الحاجية و التحسينية ، فإن الشارع الحكيم جعل تمكين العقوبة من المقاصد الضرورية ، و جعل العفو و التوبة من المقاصد الحاجية ، وجعل الستر للعيوب من المقاصد التحسينية التي تتحسن بها أحوال الخلق ، و هذا من بديع التشريع و أسراره .

فإن التوبة هي من معاني العبودية لله ﷻ و الرجوع و الإنابة إليه ، والشارع الحكيم رغب في التوبة في جميع الأحوال ، لأنها تخدم المقاصد الضرورية و الحاجية في تحقق الهدف من تشريع العقوبات و المتمثل في خلو العالم من الفساد .

فالمقصد التشريعي للعقوبات الذي هو الزجر لا يتحقق بالإيلام فقط و إن كان هو الظاهر ، و إنما يتحقق بزوال الفساد و الفجور على الغالب ، و من شأن التوبة أن تزيل

الرغبة في الفساد لما فيها من نوازع الندم و الإقلاع عن الذنب .

فالتوبة فيها دلالة على الندم و القلوع عن الذنب و المعصية ، فربما لم يكن القاتل قتل قاتله بإصرار و ترصد ، بل كان تحت وطأة الغضب جعلته يقع في جريمة القتل ، و كان الندم يغلب عليه ، فيكون العفو من هذا الجانب راجحا و يندب إليه .

بخلاف المصر على القتل و على الفجور من غير توبة تتحقق بها العبودية لله ﷻ ، ولذلك نجد من الفروع الفقهية التي تتعلق بالقتل ، رجح فيها جانب العقوبة من غير عفو لا من ولي الدم ولا من ولي الأمر ، كقضية قتل الغيلة عند فقهاء المالكية .

فقتل الغيلة هو القتل الذي يكون عاتيا ظالما ، و يكون قصد القتل فيه واضحا جليا مع الخبث و الدناءة ، كأن يضجع المجني عليه فيذبحه لأخذ ماله[1]، فذهب المالكية أن لا عفو فيه قياسا على المحارب ، لأن الغيلة يقتص منه لدفع الفساد في الأرض[2] .

و هناك أمر آخر أشار إليه الشارع الحكيم ، يدخل من ضمن المقاصد التحسينية التي تخدم الضروريات و هي صلة الرحم .

فقد استقر جمهور العلماء أنه لا يقتص من الوالد الذي قتل ولده ، لما للوالد من التسلط على تأديب ولده و لقوة المحبة التي بينهما[3] ، و من شأن قيام القصاص على الوالد في قتل ولده أن يفك صلة الرحم و تقع الأسرة في الحرج ، و هذا لا يخدم مقاصد التشريع .

---

[1] – ينظر : البهنسي ، **نظريات في الفقه الجنائي** ، ص: 168 .

[2] – ينظر : النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، ج2 ص: 185 ، و ينظر : سحنون ، **المدونة** ، تحقيق زكريا عميرات (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) ، ج4 ص: 653 .

[3] – ينظر : ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج6 ص: 36–37 .

و لذلك ، يمكن أن يكون التمكين للعقوبة في موضع تنقطع به صلة الرحم ، فيكون العفو في ذلك الموضع راجحا و مرغوبا .

و ربما يقول قائل : أن ذلك يؤدي إلى إهدار معنى العقوبة في القصاص الذي هو الزجر

ثم إن الجناية بالقتل من أعظم الكبائر ، لم يهدر فيها الخطأ بل وجبت الكفارة ، فما بالك بالقتل العمد ؟

و جوابه : أن المقصد الأصلي للقصاص إنما يتحقق بمجرد تعرض رقبة الجاني للقصاص و العفو احتمال بعيد من ولي الدم ، فإن له أن يعفو و ألا يعفو و القصاص أقرب ، ولذلك كان جواب النبي ﷺ في حديث أنس بن مالك في قصة الربيع بنت النضر ﴿**كتاب الله القصاص** ﴾، للتأكيد من تمكين العقوبة مع علمه ﷺ بأفضلية العفو .

و من جهة أخر ، فإن جرائم القصاص اجتمع فيها حقان ، حق العبد و هو العفو وحق الجماعة الذي هو التمكين ، فإن أسقط العبد حقه ، بقي حق الجماعة الذي يتولاه

ولي الأمر في النهوض به و المتمثل في العقوبة التعزيرية بما يراه مناسبا للجاني .

الزاوية الثالثة : أن من المقاصد العامة التي قصدها الشارع الحكيم من تشريع العقوبات أنه لا يعاقب من تاب و أناب و رجع عن الذنب تفضلا منه سبحانه و تعالى و رحمة لعباده ، و لذلك أسقط التكليف على المجنون و الصبي و المخطئ و المكره و صاحب الضرورة على تفصيل بين الفقهاء .

يقول القرافي في ذلك : « استثنى صاحب الشرع من عدم إشراك العلم و القدرة في خطاب الوضع ، قاعدة الأسباب التي هي أسباب للعقوبات ، و هي جنايات كالقتل

للقصاص ، يشترط فيه القدرة و العلم و القصد ، فلذلك لا قصاص في قتل الخطأ والزاني أيضا ، و لذلك لا يجب على المكره و لا على من لا يعلم أن الموطوءة أجنبية ، بل اعتقد أنها امرأته ، سقط الحد لعدم العلم ، و كذلك من شرب خمرا يعتقدها خلا ، لا حد عليه لعدم العلم ، و كذلك جميع الأسباب التي هي جنايات و أسباب للعقوبات ، يشترط فيها العلم و القصد و القدرة .

و السر في استثناء هذه القاعدة من خطاب الوضع : أن رحمة الشرع تأبى عقوبة من لم يقصد الفساد و لا يسعى فيه بإرادته و قدرته ، بل قلبه مشتمل على العفة و الطاعة والإنابة ، فمثل هذا لا يعاقبه صاحب الشرع رحمة و لطفا»[1].

و هذا توجيه حسن يدل دلالة واضحة أن الشارع الحكيم قصد من تشريع العقوبة تحقق الزجر لا العقوبة ذاتها ، فرغب في العفو حيث يكون العفو منتجا و راجحا لما فيه من مصالح تخدم مقاصد الشرع الضرورية ، و إلا تمكين العقوبة .

المطلب الثاني

في الحدود

الملاحظ بحسب الفروع الفقهية ، أن الفقهاء ذكروا جواز العفو في حدين : السرقة والقذف ، أما في الحدود الأخرى فذكروا ما هو في محل العفو .

الفرع الأول

العفو في جرائم السرقة

فأما السرقة ، فالذي عليه الفقهاء ، جواز العفو قبل الترافع أو قبل رفع الدعوى إلى

---

[1] – القرافي ، **الفروق** ، ج1 ص: 183 .

الحاكم أو و لي الأمر أو ما ينوبه ، لدلالة النصوص الشرعية على ذلك[1] .

أما بعد الترافع و بعد وصول الجاني إلى الإمام ، فالذي عليه الاتفاق أن لا عفو فيه ولا شفاعة ، و فيه تفصيل بحسب الحدود :

فالعفو عن السرقة بعد الرفع منهي عنه كالشفاعة لصراحة النصوص الشرعية في ذلك .

و أما ما يتعلق بالتعليل الفقهي : فإن السرقة اجتمع فيها حقان ، حق الله ﷻ و حق العبد ، و الغالب حق الله ﷻ .

فحق العبد المتمثل في الدعوى و قد استوفى حقه برفعها و المطالبة بحقه ، بقي حق الله تعالى و المتمثل في تمكين العقوبة الذي لا يقبل العفو[2] .

الفرع الثاني

العفو في جرائم القذف

أما العفو في القذف فاختلف فيه الفقهاء ، و سبب اختلافهم : هل القذف حق الله ﷻ أم حق الآدميين ، أم حق لكليهما ؟

فمن قال بأنه حق الله ﷻ و هو الغالب ، لم يجز العفو كالزنا ، و من قال أنه حق للآدميين أجاز العفو ، و من قال لكليهما قياسا على الأثر الوارد في السرقة قال : إذا كان قبل وصول الأمر على السلطان جاز فيه العفو ، أما إذا وصل أمر القاذف إلى السلطان غلب حق الله ﷻ فلم يجز العفو[3] .

---

[1] – ينظر : الكاساني، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص: 55 ، و ينظر :محمد عرفة ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، تحقيق محمد عليش (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) ، ج4 ص: 347 ، و ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 230 .

[2] – المصادر السابقة نفسها .

[3] – ينظر : ابن رشد ،**بداية المجتهد** ، ج6 ص: 140–141 .

الفرع الثالث

العفو في جرائم الزنا و الشرب الحرابة و الردة

و أما ما يتعلق بحد الزنا و الشرب و الحرابة و الردة ، فقد اتفق الفقهاء على أنها حقوق الله ﷻ ، لا عفو فيها و لا شفاعة ، لكنهم ذكروا إلى ما يدعو إليه كترجيح جانب الستر على إقامة الشهادة لإثبات الحدود و الدعوة إلى المسارعة إلى التوبة ، و ما هو في مرتبة العفو كإعمال الشبهة ، و بيان ذلك كالتالي :

1- *إعمال الشبهة* :

الذي استقر عليه الفقهاء ، أن الحدود لا تقام إلى بعد اليقين الثابت و القاطع الذي لا شبهة فيه على فعل الجرم للأدلة التالية :

أ- حديث : ﴿ **ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ..**﴾[1] .

ب- حديث أبي أمية المخزومي : أن رسول الله ﷺ أوتي بلص اعترف اعترافا و لم يوجد معه متاع ، فقال له رسول الله ﷺ : ﴿ **ما أخالك سرقت ، قال : بلى يا رسول الله ، فأعادها عليه رسول الله مرتين أو ثلاثا قال : بلى يا رسول الله ، فأمر به فقطع** ﴾[2]، فكان النبي ﷺ يسأل المقر مرتين أو ثلاث لعله يرجع عن إقراره .

ج- عن ابن عباس رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : ﴿ **لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة ، فقد ظهر منها الريبة في منطقها و هيئتها و من يدخل عليها** ﴾[3] .

---

[1]- سبق تخريجه .

[2]- أخرجه أبو داود في **السنن**، كتاب الحدود ، رقم : 3807 .

[3] — أخرجه ابن ماجة في **السنن** ، كتاب الحدود ، رقم : 2549 .

و في هذا الباب نصوص كثيرة تدل أن الشارع الحكيم ترك العقوبة من جهة أنه لا يجب الحد بالتهم و الشك لمظنة الخطأ و الغلط ، و لذلك استوجب الفقهاء – بناء على النصوص الشرعية – شروطا تتعلق بإثبات الحدود ، حتى تقوم العقوبة على البينة الواضحة ، كإقرار الزاني أو قيام الشهادة التامة عليه .

فإذا وجدت شبهة قوية سقطت العقوبة ، و قد تمحو معها حتى وصف الجريمة ، كشبهة الدليل في سرقة الوالد لمال ولده من حرز مثله ، و قد ثبتت جميع أركان الجريمة ، إلا أن العقوبة تسقط لشبهة استحقاق النفقة و سرقة ما ظنه أنه من ملكه ، بدليل قوله ﷺ : ﴿ **أنت و مالك لأبيك** ﴾[1] ، فتسقط العقوبة لوجود الدليل ، و هذا في مرتبة العفو ، لاشتراكهما في سقوط العقوبة .

2– العمل بالتوبة :

الثابت المقرر أن حقوق الله ﷻ قابلة للغفران ، و أنها تجب ما قبلها بالنسبة لحقوق الله تعالى ، والثابت المقرر عند الفقهاء أنه من تاب بعد إقامة الحد عليه يغفر له تعالى ، لقوله ﷺ : ﴿ **لا يزني الزاني حين يزني وهو مومن و لا يسرق حين يسرق وهو مومن و لا يشرب حين يشربها وهو مومن ، و التوبة معروضة بعد** ﴾[2] .

و الذي عليه الاتفاق أن التوبة تسقط جريمة الحرابة قبل الإمكان عليه ، بدلالة النص في قوله ﷻ : ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ ۖ فَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (المائدة :34).

[1] – أخرجه ابن ماجة في **السنن** ، كتاب المتاجرات ، رقم : 2282 .

[2]– أخرجه البخاري في **صحيحه** من حديث أبي هريرة ، كتاب الحدود ، رقم : 6312.

فالمحارب إذا تاب قبل القدرة عليه سقطت عنه العقوبات المقررة على الأفعال التي تتعلق بحقوق الله تعالى ، أما حقوق الآدميين فلا تسقطها التوبة .

لكن موضع الخلاف بين العلماء في توبة السارق و الشارب و الزاني قبل وصول أمرهم إلى الحاكم .

و ليس الموضع بيان الخلاف و مناقشة الأقوال ، و إنما بيان ما يدعو إلى العفو كوجود التوبة قبل القدرة في المحارب .

ووجه ذلك : أن الحرابة جريمة من أشد الجرائم ترويعا للناس ، فوضع الشارع الحكيم لها أشد العقوبات ، تجمع فيها كل الحدود ، فهي مركبة من عدة عقوبات على حسب الجنايات التي ارتكبها المحارب ، فلا يقتل إلا من قتل ، و لا يقطع إلا من أخذ المال ، ولا ينفى إلا من يأخذ المال و لم يقتل ، على رأي فقهاء الحنفية و الشافعية[1].

و مع ذلك ، فإن الشارع الحكيم شرع التوبة فيها ترجيحا إلى ما يدعو إلى العفو والصفح ، و رغب إلى ما يدعو إليها ، و هو من بين الوجوه التي دفعت الفقهاء إلى استحسان جانب الستر في الحدود لاحتمال التوبة و تعزيزها و عدم العودة إلى هذه الجرائم ، و هذا ما يحقق المقصد الأصلي للحدود الذي هو الزجر .

3- *ترجيح جانب الستر على الشهادة* :

و هو من الأوجه التي تدعو إلى العفو ، ذلك أن في إقامة الشهادة تمكين للعقوبة ، بخلاف ستر العيوب فإن فيه معنى العفو .

---

[1] – ينظر : الزيلعي ، **تبيين الحقائق** ، ج3 ص: 236 ، و ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 237 .

و ظاهر كلام الفقهاء في هذه المسألة ، أنه يفضل الستر على إقامة الشهادة ، لأن **الحدود بنيت على المساهلة** و تأسيس ذلك على نصوص شرعية منها :

أ- عن أنس قال : ﴿**كنت عند النبي ﷺ فجاءه رجل فقال : يا رسول الله إني أصبت حدا فأقمه علي ، و لم يسأله ، قال : و حضرت الصلاة فصلى مع النبي ﷺ ، فلما قضى النبي ﷺ قام إليه الرجل فقال : يا رسول الله إني أصبت حدا فأقم في كتاب الله ، قال : أليس قد صليت معنا قال : نعم ، قال : فإن الله قد غفر لك في ذلك أو حدك**﴾[1].

قال القاضي عياض : « و إنما لم يحده لأنه لم يفسر الحد و لم يستفسره النبي ﷺ ، إيثارا للستر ، بل استحب تلقين الرجل صريحا »[2] .

ب- و قوله ﷺ : ﴿ **من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة** ﴾[3] .

ج- و قد روي عن خليفة المسلمين الأول ، أبو بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال : « **لو أخذت شاربا لأحببت أن يستره الله ، و لو أخذت سارقا لأحببت أن يستره الله** »[4].

و من أقوال الفقهاء ما يلي :

أ- يقول ابن القاسم من المالكية : « إذا علم الإمام بذلك يكتمونه الشهادة و لا يشهد بها ، إلا في تجرؤه إن شهد على أحد »[5].

---

[1] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب الحدود ، رقم : 6323.

[2] – نقلا من : الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج7 ص: 106 .

[3] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب المظالم و الغصب ، رقم : 2310 .

[4] – أخرجه ابن أبي شيبة في **المصنف** ، كتاب الحدود ، رقم : 28082 .

[5] – نقلا من : القرافي ، **الذخيرة** ، ج10 ص: 287 .

ب- و قال الإمام الشافعي : « و نحن نحب لمن أصاب الحد أن يستتر و أن يتقي الله ﷻ ولا يعود لمعصية الله ، فإن الله ﷻ يقبل التوبة عن عباده »[1].

ج- و قال السرخسي من فقهاء الحنفية : « و لأنه بالامتناع من أداء الشهادة ، يقصد به إبقاء الستر عليه و أنه مندوب إليه »[2].

إلا أن في مسألة ضابط ، و هو : أنه يعمل بالستر و يرجح على الشهادة بالنسبة لمن ظهرت منه بوادر التوبة و الرجوع إلى الله ﷻ و الندم من الجرم ، بخلاف المشتهر بالفجور و المعلن لذلك و أصحاب العود في الجريمة ، فإن الأولى فيهم إقامة الشهادة عليهم ، كما هو حال العفو في القصاص .

المطلب الثالث

في التعزير

الظاهر أن العفو في عقوبات التعزير مقيد و ليس بإطلاقه ، و يتضح ذلك من خلال ما قرره الفقهاء ، من جملة ذلك :

1- العفو في التعزير لا يتقيد بما هو في الحدود ، فليس للفرق بين وصول الجاني إلى الحاكم و بعد وصله أثر في العفو ، و إنما يتقيد بما يراه ولي الأمر من مصالح لا تخرج عن مقاصد التشريع من العقاب والعفو .

2- و لذلك بنيت التعازير على مراعاة أحوال الجاني و ظروفه و مكانته ، فيقرر ولي الأمر بحسب ما يراه مناسبا له ، العفو أم العقوبة.

---

(1) – الشافعي ، **الأم** ، ج6 ص: 138 .

(2) – السرخسي ، **المبسوط** ، ج9 ص: 256 .

فالعفو الصادر من و لي الأمر لا يكون إلا بعد تحقق الاجتهاد ، بمعنى : أنه يجب على ولي الأمر أن ينظر إلى أحوال الجاني و الظروف التي دفعته لارتكاب المعصية ، و السبب في ذلك لأن مفاسد الجرائم غير منضبطة في الشدة و الضعف و القلة و الكثرة ، و هي ما بين النظرة و الخلوة و المعانقة ، فجعلت عقوبتها راجعة إلى اجتهاد الأئمة وولاة الأمور بحسب المصلحة في كل زمان و مكان ، وبحسب أرباب الجرائم في أنفسهم[1].

لكنهم اختلفوا في الحقوق التي يجوز فيها العفو إلى مذاهب :

أ- **ففقهاء الحنفية** يرون أن التعزير الواجب لله تعالى متروك لولي الأمر ، ولا يجوز تركه إلا إذا علم أن الجاني قد انزجر قبل تنفيذ العقوبة[2] .

ب- و ذهب **فقهاء المالكية** إلى أن التعزير الواجب حقا لله ﷻ لا يجوز لأحد إسقاطه وعلى و لي الأمر إقامته ، إلا إذا جاء الجاني تائبا ، أما ما كان حقا للأفراد ، فإن للعبد العفو عنه[3] .

ج- و في مذهب **الشافعية** قولان :

- **الأول** : لولي الأمر ترك التعزير في حقوق الله ﷻ ، بخلاف حقوق العبد ، فإذا طلبه العبد فلا يجوز لولي الأمر تركه .

- **الثاني** : لولي الأمر إقامة التعزير أو العفو عنه ، سواء كان حقا لله تعالى أو حقا للأفراد[4] .

---

[1] - ينظر : ابن قيم الجوزية ، **إعلام الموقعين** ، ج2ص: 128 .

[2] - ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5 ص: 534 .

[3] - ينظر : ابن عرفة ، **حاشية الدسوقي** ، ج4ص: 354 .

[4] - ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 255 .

د- و ذهب **فقهاء الحنابلة** بجواز العفو لولي الأمر إذا رأى المصلحة فيه[1] .

و من فوائد اختلاف المذاهب السابقة :

1- الاتفاق على أن التعزير الواجب حقا لله تعالى يجوز لولي الأمر العفو عنه في حالات مثل : أن يرى الإمام أن المصلحة في العفو ، أو أن المذنب تاب أو تحقق معنى الزجر قبل العقوبة .

و التفريق بين الحقوق للدلالة على أن التعزير الواجب حقا للعبد أو الغالب فيه حقه يتوقف على الدعوى ، فإذا طلبه صاحب الحق لزمت إجابته ، و لا يجوز للقاضي إسقاطه بالعفو و لا يجوز فيه العفو من ولي الأمر .

أما التعزير الذي يجب حقا لله ﷻ ، فإن العفو من ولي الأمر جائز .

2- و التعزير الذي يكون حقا لله ﷻ أو الغالب فيه ، **يراعى فيه الأصلح** ، بمعنى : أن ترجيح العقوبة على العفو أو العكس مبني على اجتهاد الحاكم فيما يراه أنه الأصلح للجاني ، و ذلك بالنظر إلى المصلحة ، فكان ذلك ضابطا آخر للعفو في التعزير .

فإن كانت العقوبة تحقق المصلحة المقصودة من التعزير الذي هو حصول التأديب والانزجار فهي من باب أولى و إلا فالأخذ بالعفو أحوط ، لأنه ربما يكون في العقوبة حصول ضرر يقبح عقلا و شرعا ، فلا يستباح تأليم المسلم و إضراره .

و هذا النظر مؤسس من خلال أقوال الفقهاء منها :

---

[1] - ينظر : الحجاوي ، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل** ، تحقيق : عبد اللطيف محمد موسى السبكي (دار المعرفة ، بيروت : ب.ت) ، ج4 ص: 270 .

يقول ابن فرحون من المالكية : « لولي الأمر مراعاة الأصلح بالعفو أو التعزير» ،

ثم يفسر ذلك بقوله : « فإذا تقرر أن فاعل ذلك يؤدب ، فإن كان رفيع القدر ، فإنه يحقق أدبه و يتجافى عنه ، و كذلك من صدر منه ذلك على وجه الفلتة ، لأن القصد من التعزير الزجر على العودة »[1].

و يقول الخطيب شيخ الشافعية : « و يجتهد الإمام في جنسه و قدره (التعزير) لأنه غير مقدر شرعا ، موكل إلى رأيه يجتهد في سلوك الأصلح ، لاختلاف مراتب الناس وباختلاف المعاصي »[2].

و سئل الإمام مالك عن الشفاعة في التعزير بعد بلوغ الإمام أيصلح ذلك ، قال : «ينظر الإمام في ذلك ، فإن كان الرجل من أهل المروءة و العفاف ، إنما هي طائرة أطارها ، تجافى السلطان عن عقوبته ، و إن كان قد عرف بالطيش و الأذى ضربه النكال »[3].

3- و الملاحظ أن الفقهاء من خلال تمكين للتعزير ، أنهم وضعوا ضوابط كثيرة له تتعلق بمقداره و جنسه ، فلا يصل العقاب فيه إلى مقدار الحدود و شددوا في ذلك ، لأن الأمر يتعلق باجتهاد ولي الأمر ، فقد يكون ذلك ذريعة للظلم ، أو قد يؤدي الإفراط في العفو إلى الاستهتار بالنظام العقابي في التعزير .

فكان لزاما على ولي الأمر أن يوازن بين العفو و العقوبة انطلاقا من :

---

(1) – ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ج2 ص: 224-225 .

(2) – نقلا من : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج5 ص: 525 .

(3) – ينظر : سحنون ، **المدونة** ، ج4 ص: 488 .

أ- ترجيح المصالح الشرعية المقررة التي تبنى على دفع الضرر عن الناس و جلب النفع لهم ، بعيدا عن الأهواء و الشهوات .

ب- أن يكون القرار الصادر عن ولي الأمر حاسما لمادة الشر أو مخففة له .

فقد يكون في تطبيق العقوبة و ترجيحها ضرر مؤكد و إفساد أشد على الجاني ، و قد يكون فيها ما يقلل من آدميته و تحمل معاني الإهانة كعقوبة السجن ، كما قد يكون للعفو أثر كبير في تنزيل من قيمة سلطان الدولة و النظام ، وشيوع فكرة الإفلات من العقاب .

الفصل الثاني

أسس الموازنة من خلال اعتبار الحقوق



و يتضمن المباحث التالية :

- **المبحث الأول** : مفهوم الحق عند الأصوليين و الفقهاء.
- **المبحث الثاني** : الأثر المترتب عن اعتبار الحقوق على العقوبة .
- **المبحث الثالث** : ما يتعلق بالحقوق من جهة العفو
- **المبحث الرابع** : من مسالك الموازنة بين العقوبة و العفو من خلال اعتبار الحقوق .

المبحث الأول

مفهوم الحق عند الأصوليين و الفقهاء

يتناول هذا المبحث مفهوم الحق و أقسامه عند كل علماء الأصول و الفقهاء ، و بيان المقصود من كل قسم عند كلا المنهجين ، و بيان مصدر الحقوق في الشريعة الإسلامية .

المطلب الأول

المعنى الأصولي

قبل ذكر المعنى الأصولي للحق ، فإنه من اللازم ذكر المعنى اللغوي ، باعتبار أن التحقيق اللغوي هو جزء من علم أصول الفقه .

فالحق في اللغة بمعنى : الثبات و الوجوب ، و أحققت الشيء : أوجبته ، مثل قوله تعالى : ﴿ وَلَٰكِنۡ حَقَّ ٱلۡقَوۡلُ مِنِّي ﴾، (السجدة :13) ، أي لزم و وجب[1] .

و جاء بمعنى : الأمر المقتضي ، و يطلق على العدل و الإسلام و المال و الصدق ،

---

[1] – ينظر : ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج10 ص: 49 .

فيقال : العدل حق و الإسلام حق و المال حق و الصدق حق[1] .

و يطلق على الأمر الثابت اللازم ، حققت الأمر : إذ تيقنته أو جعلته ثابتا لازما[2] .

أما في الاصطلاح الأصولي ، فيطلق على معنيين :

– **المعنى الأول** : الحكم المطابق للواقع ، و لذلك جاء في تعريف البخاري له :

«الموجود من كل وجه الذي لا ريب فيه في وجوده »[3]، بمعنى : لا بد من تحققه حسا

و دلالة ذلك وجوده في الواقع ، بحيث يدرك بالحس أو العقل .

و هذا المعنى في حقيقته فيه دلالة على الثبات و اللزوم ، و هما من المعاني اللغوية للحق.

– **المعنى الثاني** : يطلق بمعنى الواجب الثابت ، و هو المعنى الموجود في اللغة .

فالمعنيين الأصوليين يتطابقان مع المعنى اللغوي الذي ذكر قبل ذلك ، و في استواء الجانب اللغوي مع الجانب الاصطلاحي دلالة على قوة المعنى و ثباته ، ولذلك أخذ الحق مكانة خاصة في التفريق بين الأحكام ، و أقصد من ذلك الأحكام التي تتعلق بالدين وكان القصد منها التمكين للحقوق الربانية ، و الأحكام التي تتعلق بالقضاء و كان القصد منها ضمان حقوق العباد .

[1] – ينظر : الفيروزآبادي ، **القاموس** ، ص: 889 .

[2] – ينظر : الفيومي ، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي** (المكتبة العلمية ، بيروت : ب.ت) ، ج1 ص: 144 .

[3] – البخاري ، **كشف الأسرار** ، ج4 ص: 230.

و لذلك ، فإن المعنى الثاني هو الأقرب إلى المقصود من هذا الموضوع ، و هو المعنى الذي من خلاله قسم علماء الأصول و الفقهاء الحق إلى : حق الله ﷻ و حق العباد .

المطلب الثاني

المعنى الأصولي و الفقهي لحق الله ﷻ

أطلق الفقهاء و الأصوليون على حق الله ﷻ بمعان بحسب متعلق كل منهج ، فكان لزاما بيان المراد بهذا الحق عند كلا المنهجين :

الفرع الأول

المعنى الأصولي

عرفه التفتازاني من حيث إقامة المصالح و المحافظة عليها على أنه ما تعلق به النفع العام للعالم ، من غير اختصاص بأحد[1] .

و على هذا المعنى الذي أشار إليه التفتازاني والذي هو : تعلق حق الله ﷻ من حيث حصول النفع للناس كافة ، جعل العز بن عبد السلام حق الله ﷻ من ضروب جلب المصالح و درء المفاسد[2] .

و بعض الأصوليين كالبخاري جعل حقوق الله ﷻ من أقسام الأحكام ، و قد ذكر ذلك ابن نجيم في قوله : « الحقوق عند الأصوليين هي الأحكام »[3].

---

[1] – ينظر : التفتازاني ، **شرح التلويح على التوضيح** ، تحقيق زكريا عميرات (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1996م) ، ج2 ص: 315 .

[2] – ينظر : العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج1 ص: 129 .

[3] – ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج6 ص: 148 .

و الحكم عند الأصوليين هو الحكم الشرعي و الذي هو : خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع ، و هو غير الحكم الذي أشار إليه البخاري سابقا المتعلق بالوجود الحسي ، و قد يكون له تعلق بالأحكام الشرعية من حيث أن المقصود منها إنزالها على الوقائع المختلفة .

و جعل القرافي حقوق الله ﷻ من أقسام التكليف ، و عرفه على أنه أمره و نهيه[1] ، واستدل على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَمَا خَلَقۡتُ ٱلۡجِنَّ وَٱلۡإِنسَ إِلَّا لِيَعۡبُدُونِ ﴾ (الذاريات: 56) ، و قوله ﷺ :﴿ **حق الله على العباد أن يعبدوه و لا يشركوا به شيئا** ﴾ [2] .

و أشار إلى هذا المعنى الشاطبي فذكر أن حق الله ﷻ على العباد أن يعبدوه و لا يشركوا به شيئا و عبادته امتثال أمره و اجتناب نواهيه[3] .

الفرع الثاني

المعنى الفقهي

الملاحظ أن الفقهاء يطلقون على حق الله ﷻ من جهتين :

1- من جهة المقصود منها و هو : إقامتها و النهوض بها حتى يتحقق مقصدها الذي هو دفع الفساد أو حصول النفع العام صيانة لمصالح العباد[4] ، و هو المعنى الذي أشار إليه علماء الأصول .

---

[1] – القرافي ، **شرح تنقيح الفصول** ، ط1 (دار الفكر ، بيروت : 1997م) ، ص: 80 .

[2] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب الجهاد و السير ، رقم : 2644 .

[3] – ينظر : الشاطبي ، **الموافقات** ، ج2 ص: 241 .

[4] – ينظر : التفتازاني ، **شرح التلويح** ، ج2 ص: 315 .

2- من جهة الأثر المترتب عن حقوق الله ﷻ ، بمعنى : أن حق الله ﷻ هو ما لا دخل للصلح فيه أو هو الذي لا يقبل الإسقاط و لا عفو فيها ولا شفاعة و ليس مصروفا أداؤها إلى إذن الولي[1] .

الفرع الثالث

خلاصة ما تقدم من المعنى الأصولي و الفقهي

و خلاصة ما تقدم من أقوال الأصوليين و الفقهاء ، أن حق الله ﷻ يراد منه جهتان :

- **الأولى** : من جهة التكليف ، أشار إليها علماء الأصول من حيث الأصل العام لحقوق الله ﷻ و هو التعبد و مطلق الامتثال ، و هو المعنى الذي أشار إليه الشاطبي في قوله :

« ما فهم من الشرع أنه لا خيرة فيه للمكلف ، كان له معنى معقول أو غير معقول»[2]

فحق الله على العباد امتثال أمره و اجتناب نواهيه .

و هذا المعنى موجود عند علماء السياسة الشرعية ، من حيث أنهم جعلوا إقامة حقوق الله ﷻ في الأرض واجب على أولياء الأمور و ذلك في باب الولاية ، كالنهوض بالقصاص و إقامة الحدود وغير ذلك من حقوق الله تعالى .

---

(1) – ينظر : ابن تيمية ، **السياسة الشرعية** (قصر الكتب ، البليدة ، الجزائر : ب.ت) ، ص: 87 .

(2) – الشاطبي ، **الموافقات** ، ج2 ص: 241 .

الثاني : من جهة المقصود من إقامة حقوق الله ﷻ ، وهو صيانة مصالح العباد في العاجل و الآجل ، و قد دل الاستقراء على أن الأحكام و التكاليف الشرعية إنما جاءت لإقامة مصالح العباد و صيانتها من الضياع و العدم ، و على هذا جاء تعريف التفتازاني.

المطلب الثالث

المعنى الأصولي و الفقهي لحق العبد

كذلك لحق العبد معنى أصولي و معنى فقهي .

الفرع الأول

المعنى الأصولي

الظاهر من أقوال علماء الأصول أن المقصود بحق العبد إقامة مصالحه[1] ، و أشار القرافي إلى المعنى المقصود من مصالحة بما يلي :

[1] – ينظر : البخاري ، **كشف الأسرار** ، ج4 ص: 230-231 ، و ينظر : التفتازاني ، **شرح التلويح** ، ج2 ص: 315 ، و ينظر ، القرافي ، **الفروق** ، ج1 ص: 161-162.

1- إقامة مصالحه من جهة أن ذلك ملزوم عبادة الله ﷻ إياه ، و هو أن يدخله الجنة ويعتقه من النار .

2- إقامة مصالحه من جهة إقامة ما يستقيم به أمر دنياه و آخرته .

3- من جهة تعلقه بغيره من العباد كالذمم و المظالم التي له على العباد[1] .

الفرع الثاني

المعنى الفقهي

و يطلق عندهم بعدة إطلاقات بحسب الأمر الذي يتعلق به :

1- يطلق على ما يتعلق بالحقوق المالية و غير المالية ، مثل قولهم : باع بثمن حال ثم أجله لأنه حقه[2] .

2- و بمعنى الالتزامات التي تترتب على العقد مثل : تسليم الثمن الحال أولا ثم تسليم المبيع ، و أن الثمن لا يتعين إلا بالقبض[3] .

3- ما يمنح للفقهاء و القضاة و غيرهم من بيت المال[4] .

---

(1) – ينظر : القرافي ، **الفروق** ، ج1 ص : 162 .

(2) – ينظر : الكاساني ، **البدائع** ، ج4 ص: 127 .

(3) – ينظر : عبد الكريم زيدان ، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية** ، ص : 204 .

(4) – قال ابن نجيم : « من له الحق في ديوان الخراج كالمقاتلة و العلماء و طلبتهم و المفتين و الفقهاء ، يفرض لأولادهم تبعا ، و لا يسقط بموت الأصل ترغيبا » ، ينظر : **الأشباه و النظائر** (دار الكتب العلمية بيروت : 1980م) ، ص: 121 .

4- مرافق العقار ، مثل حق الطريق و حق السيل و حق الشرب[1] .

5- الحقوق المجردة و هي المباحات كحق التملك و حق الخيار و حق الطلاق و حق العفو في القصاص .

و هناك معنى آخر أشار إليه الفقهاء لحق العبد ، يطلقون ذلك من حيث الأثر المترتب عن هذا الحق ، كحق الصلح و الإسقاط و إقامة الدعوى و المعاوضة[2] .

المطلب الرابع

مصدر الحقوق

الغرض من ذكر هذا الفرع من ضمن هذا المطلب ، هو : بيان الحقيقة الشرعية الكاملة للحق ، ذلك لأن الألفاظ بالنسبة للأحكام هي أوضاع شرعية ، و ضعت لأجل أن يتطابق معناه مع مقصود الشارع .

و لذلك أشار العلماء إلى أن الحق في حقيقته هو الله سبحانه و تعالى ، لأنه الموجود حقيقة لم يسبق بعدم و لم يلحقه عدم[3] ، كما جاء في قوله ﷺ : ﴿ **..أنت الحق و قولك الحق و وعدك الحق و لقائك الحق ..** ﴾[4].

---

[1] – ينظر : ابن عابدين ، **رد المختار** ، ج6 ص: 445 .

[2] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5 ص: 333 .

[3] – ينظر : اين نجيم ، **البحر الرائق** ، ج6 ص: 148 .

[4] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب التوحيد ، رقم : 6888 .

و إطلاق الحق على غيره مجاز ، فكان يمكن أن لا يجعل الله للعبد حق أصلا ، فذلك إنما نسب إليه من باب الفضل .

فجعل الله ﷻ للعبد حقوقا تؤدى له و كلفه بأدائها لله تعالى و للآخرين ، و أعلمه بذلك من خلال البيان الذي جاءت به الرسل و الأنبياء ، فالحاكم هو الله سبحانه وتعالى

و الحقوق من حيث الأصل ، تكاليف و أحكام تعلقها بها خطاب الشارع .

و لذلك أثبت الشاطبي على أن كل حكم شرعي ليس بخال من حق الله ﷻ والذي هو التعبد ، المتمثل في امتثال الأمر و اجتناب النهي ، و ما جاء في الظاهر أنه حق للعبد مجردا ، فذلك من جهة التغليب في الأحكام الدنيوية[1] .

فكل الحقوق في أصلها ترجع إلى حقوق الله ﷻ ابتداء .

فما كان لله تعالى فهو لله ﷻ ، و ما كان للعبد فهو لله من جهتين :

– من جهة أن فيه حق الله تعالى .

– من جهة الوضع الأول لحقوق العباد ، فقد وضعت متساوية لا قضاء للعقل فيها بحسن و لا قبح ، فتسمية مصالح العباد مصلحة ، فذلك من قبل الشرع ، و يصدقه العقل و تطمئن إليه النفوس[2] .

فإذا تقرر ما سبق ، فإن تسمية حق الله ﷻ بحق المجتمع فيه نظر ، كما هو مقرر عند بعض المتأخرين .

---

[1] – ينظر : الشاطبي ، **الموافقات**، ج2 ص: 241 .

[2] – المصدر نفسه ، و الجزء و الصفحة نفسها.

فإن إطلاق حق المجتمع على حق الله ﷻ كان من باب تفسير حق الله ﷻ ، و لعله من باب النظر إلى الجهة الثانية التي أشير إليها سابقا في المعنى الأصولي لحق الله تعالى ، والمتمثل في : أن حقوق الله ﷻ إنما كان القصد منها حصول مصالح العباد و صيانتها .

ذلك لأن وجه تفسيرهم حق الله ﷻ بحق المجتمع كان كالتالي : أن الله تعالى أمر

بامتثال أوامره و اجتناب نواهيه ، لإيجاد مجتمع فاضل تختفي فيه الرذيلة و يقل فيه الفساد ، و كل ما يمس هذا المجتمع الفاضل و يعرضه لشيوع الفساد و تمكين الظلم ، يكون اعتداء على حق الله ﷻ[1] ، و هذا في حقيقته معتبر شرعا .

و لكن ، لعل للألفاظ معان يستقيم بها المقصود ، فتسمية حق الله ﷻ بحق المجتمع فيه خفاء لمعنى التعبد ، و لذلك عندما نسب علماء السلف الحق إلى الله ﷻ أشاروا أن ذلك كان تعظيما لشأنه ﷻ .

ثم إن الحقوق تعلق بها حق الله ﷻ ، سواء كانت حق للعبد أو حق للمجتمع من جهة الوضع الكلي للأحكام المتمثل في المحافظة على مصالح العباد ، و لذلك لا يجوز إباحة الزنى أو تحريم ما أحل الله على النفس ، أو إباحة للعبد قتل نفسه ، انطلاقا أن ذلك ليس من حق المجتمع و إنما هو من الحقوق الشخصية .

---

[1] – ينظر : أبو زهرة ، **العقوبة** ، ص: 76 .

المبحث الثاني

الأثر المترتب من اعتبار الحقوق على العقوبة

تبين من خلال المطلب السابق – أن الحق من حيث اعتبار الشارع له ، نوعان : حق لله ﷻ و حق للعبد ، و تبين مدلولهما عند كل من الفقهاء و الأصوليين .

أما في هذا المطلب ، فإنه يبين الأثر المترتب عن هذا التقسيم ، سواء كان الأثر فقهيا أو أصوليا .

و آثار اعتبار الحقوق كثيرة مراعاة لاعتبارات كثيرة ، نذكر منها ما يخدم الموضوع ، خاصة الآثار المشهورة في الفقه و أصوله من حيث اعتبار الإسقاط أو عدم الإسقاط ، وما يهم أكثر من ذلك هو تقسيم العقوبات باعتبار الحقوق .

المطلب الأول

المعنى الفقهي للإسقاط

الإسقاط في اصطلاح الفقهاء : إزالة الملك أو الحق ، لا إلى مالك و لا إلى مستحق ، فتسقط بذلك المطالبة به ، لأن الساقط ينتهي و لا ينتقل ، كالعفو في القصاص و الإبراء من الدين[1]. و له ألفاظ ذات صلة به : كالعفو و الاعتياض[2] .

---

[1] – ينظر : القرافي ، **الذخيرة** ، ج1 ص: 159 .

[2] – ينظر : القرافي ، **الفروق** ، ج2 ص: 117 ، و ينظر : سعدي أبو حبيب ، **القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا** ، ط2 (دار الفكر ، دمشق : 1988م) ، ص: 35 .

و الإسقاط من حيث الحكم التكليفي ، من التصرفات الشرعية في الجملة ، لأنه يعتبر تصرف الإنسان في حقه و بما يحقق مصالحه من غير أن يلحق الضرر بغيره[1] .

و يكون في معنى القربة و الندب ، كالعفو عن القصاص ، و قد أشرنا إلى ما يدل على ذلك في المبحث السابق .

و لما كانت الحقوق تنقسم – من حيث النظر العام – إلى قسمين حق الله ﷻ و حق العبد ، كان لزاما بيان و جه الإسقاط فيها في كل حق .

و قبل التفصيل في ذلك ، فإن الإسقاط قد يكون من قبل الشرع في الأساس ، كإسقاط العبادات التي تعلقت في مباشرتها مشقة و حرج على المكلف ، و كإسقاط العقوبات التي تعلقت بها شبهة .

و قد يكون الإسقاط من قبل العباد نتيجة أمر الشارع ، إما على سبيل الوجوب كالعتق في الكفارات ، و إما على سبيل الندب ، كإبراء المعسر من الدين ، و كالعفو في القصاص

و قد يكون الإسقاط من العباد لبعضهم البعض ، كإسقاط حق الشفعة لعدم رغبة الشراء[2] .

المطلب الثاني

ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبله من حقوق الله ﷻ

و يتناول هذا المطلب ما يسقط من حقوق الله ﷻ و ما لا يسقط .

---

[1] – ينظر : صالح فوزان ، **الملخص الفقهي** ، ط1 (دار العاصمة ، الرياض : 1423هـ) ، ج2 ص: 107-110 .

[2] – ينظر : القرافي ، **الذخيرة** ، ج1 ص: 160 .

الفرع الأول

ما يسقط من حقوق الله ﷻ

و المقصود بالإسقاط في هذا الموضع ، باعتبار إسقاط الشارع له أساسا ، و ليس من قبل العباد .

فحقوق الله ﷻ تقبل الإسقاط في الجملة ، بتحقق الأسباب التي اعتبرها الشارع مسقطة من باب الفضل و الإحسان ، و تحقيقا لقاعدة : **رفع المشقة و الحرج و التيسير** على الناس ، كإسقاط العبادات و العقوبات عن من رفع عنهم التكليف ، كالصبي والمجنون و النائم حتى يستيقظ ، و إسقاط بعض العبادات لأصحاب الأعذار ، كالمرضى والمسافرين ، و إسقاط فرض الكفاية عمن لم يقم به إذا قام به غيره ، بل إن القرافي يقول : « يكفي في سقوط المأمور به على الكفاية ، ظن الفعل لا وقوعه تحقيقا »[1].

و يدخل في جملة ذلك اسقاط الحرمة في تناول المحرم للضرورة ، و إباحة النظر إلى العورة للطبيب ، مما يدخل من باب الرخصة .

و لذلك جاءت عبارات الفقهاء على **حقوق الله ﷻ على أنها مبنية على المسامحة** ، بمعنى : أنه سبحانه و تعالى ليس يلحقه ضرر في شيء ، و من فروع ذلك : جواز الرجوع عن الإقرار بالزنى فيسقط الحد .

---

[1] – القرافي ، **الفروق** ، ج1 ص: 132 .

الفرع الثالث

ما لا يقبل الإسقاط من حقوق الله ﷻ

الأصل في ذلك ، سواء كانت الحقوق تعلقت بالعبادات أو العقوبات أو مترددة بين العقوبة و العبادة كالكفارات و غيرها من الحقوق التي فيها حق الله ﷻ خالصا ، كل

ذلك موكول لصاحب الشرع ، فلا تسقط بإسقاط العبد لها ، و ليس له الحق في ذلك.

و إقرارا لذلك حارب خليفة المسلمين الأول أبو بكر رضي الله عنه مانعي الزكاة ، و اعتبرهم من البغاة الذين خرجوا عن النظام لعصيانهم و خروجهم عن الطاعة ، فكان أن أقام عليهم الحرب لإسقاطهم لحق الله ﷻ .

و من جملة الأحكام التي تترتب على ذلك ، حرمة الشفاعة فيها و عدم جواز الاعتياض عنها ، باعتبار ذلك كله تركا لواجب .

فتحرم الشفاعة في الحدود ، لأنها إسقاط لحق الله ﷻ ، و لعل الأدلة التي قدمت في الفصل الأول تغني في هذا المقام في بيان حرمة الشفاعة في الحدود كلها ، و إن كان في ذلك تفصيل فقهي سيأتي بيانه في المطلب الموالي .

و أما التعزير فما كان حقا للعبد جاز العفو فيه ، و ما كان حقا لله ﷻ فهو موكول إلى الحاكم بحسب ما يراه من المصلحة في الجملة .

و لما كانت حقوق الله ﷻ لا تقبل الإسقاط من العباد ، فإنها كذلك لا تقبل الاعتياض عن إسقاطها .

و الاعتياض بالمعنى الفقهي العام : طلب العوض لإسقاط حق من الحقوق ، فلا يصح أن يصالح سارقا أو شاربا على عدم رفعه إلى الإمام لإقامة الحد عليه ، لأنه لا يصح أخذ العوض في مقابلة ذلك .

و كذلك لا يصح أن يصالح شاهدا على إسقاط الشهادة في حقوق الله ﷻ أو

في حق العبد ، باعتبار أن الشاهد في إقامة الشهادة محتسب حقا لله ﷻ لقوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ ۚ ﴾ (الطلاق : 2) .

و الصلح عن حقوق الله ﷻ باطل ، و يجب على من أخذ العوض عن ذلك رد ما أخذ لأنه أخذه بغير حق ، ولأنه متصرف في حق نفسه إما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض و إسقاط الباقي أو بالمعاوضة ، و كل ذلك لا يجوز في غير حقه[1] .

و من الحقوق التي أثبتها الشرع ، تعتبر من حقوق الله ﷻ و كان القصد من شرعها تحقيق مصلحة للعباد ، فلا تسقط بإسقاطهم لها ، لمنافاة الإسقاط الأمر المشروع ، و من ذلك : ما اعتبره الشارع الحكيم وصفا ذاتيا لصاحبه كالولاية على الصغير ، فهو بهذا الاعتبار حق من حقوق الله تعالى بإثبات الشرع لها .

المطلب الثالث

ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبله من حقوق العباد

و يتناول هذا المطلب البحث عن الضابط لحقوق العباد و ما يسقط منها و مالا يسقط .

---

(1) – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5ص: 59 .

الفرع الأول

ما يضبط حقوق العباد

في الجملة ، فإن حقوق العباد منضبطة بأمرين :

- **الأمر الأول** : منضبطة بحسب الوضع الكلي للتشريع و التي أشار إليها علماء الأصول[1] .

- **الأمر الثاني** : منضبطة بحسب الشروط العامة التي أقرها الفقهاء[2] .

فالضابط الأول : يتعلق بما وضعه الله ﷻ لإقامة المصالح الضرورية للعباد في الجملة ، من إباحة للطيبات ، فلا يجوز للعبد تحريم ما أحل الله ﷻ ، لقوله سبحانه و تعالى: ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ۚ قُلْ هِىَ لِلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ۗ كَذَٰلِكَ نُفَصِّلُ ٱلْءَايَٰتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾ (الأعراف :32)، و قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تُحَرِّمُوا۟ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوٓا۟ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴾ (المائدة : 87) ، فدل النص بمنطوقه على النهي عن تحريم ما أحل الله ﷻ ، باعتبار أن ذلك تعديا على حقوق الله تعالى .

و قد أشار النبي ﷺ إلى بعض أصحابه الذين هموا إلى تحريم ما أحل الله ﷻ ، فقال ﷺ : ﴿ **من رغب عن سنتي فليس مني** ﴾[3].

---

[1] – ينظر : الشاطبي ، **الموافقات** ، ج2 ص: 243 و ما بعدها.

[2] – ينظر في ذلك في الفروع الفقهية للفقهاء الموجودة في باب ما يسقط و ما لا يسقط .

[3] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب النكاح ، رقم : 4675 .

و قد ذم الله ﷻ كل من حرم على نفسه مما وضعه من الطيبات ، فقال : ﴿ مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٖ وَلَا سَآئِبَةٖ وَلَا وَصِيلَةٖ وَلَا حَامٖ ﴾ (المائدة :103) ، و في قوله : ﴿ وَقَالُواْ هَٰذِهِۦٓ أَنۡعَٰمٞ وَحَرۡثٌ حِجۡرٞ لَّا يَطۡعَمُهَآ إِلَّا مَن نَّشَآءُ بِزَعۡمِهِمۡ ﴾ (الأنعام :138) ، فتعلق ذم الله ﷻ لهم من حيث أنهم اخترعوا أشياء في الأنعام و الحرث ، حرموها مجرد التحريم .

ثم إن حقوق العباد هي حقوق لهم من حيث أمر الشارع المحافظة عليها ، كحال المقاصد الضرورية و المتمثلة في : حفظ دينه و نفسه و عقله وعرضه و نسله و ماله .

و لذلك ليس للعبد التسلط في قتل نفسه أو تبذير ماله على وجه اللعب و الإسراف .

و كان من أثر اعتبار هذا الضابط على الفروع الفقهية مايلي :

1- السفيه الذي يسرف في تبذير الأموال ، و يضيعها خلاف مقتضى الشرع و العقل يحجر عليه عند فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة[1] .

و علة الحجر : أن الشارع جعل الأموال قياما لمصالح الناس في الدنيا ، و من شأن السفه أن يضيع ذلك ، لأن السفيه مسرف و مبذر لأمواله ، فقرر الشارع الحجر عليه صيانة للأموال من الضياع[2] ، و هذا ترجيحا لحق الله ﷻ في هذه القضية .

2- الامتناع عن الأكل و الشرب حتى الموت ، فهذا مخالف للشرع من حيث أنه جعل الأكل و الشرب من جملة الاكتساب الذي تتقوى به النفس على الطاعة ، و ذلك أمر

---

(1) – ينظر : السيوطي ، **الأشباه و النظائر** ، ص: 563، و ينظر : البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، ج3 ص: 452 ، و ينظر : عليش ، **منح الجليل** ، ج6 ص: 89 .

(2) – و هذا النوع من الحجر هو الذي شرع لمصلحة الغير كالحجر على المفلس و الغرماء ، ينظر :ابن زكريا الأنصاري ، **أسنى المطالب شرح روض الطالب** ، ج2 ص: 206 .

مندوب إليه ، و من الأحكام المقررة التي تدخل في الرخص ، أن المضطر إذا امتنع عن أكل الميتة حتى الموت ، اعتبر ذلك جناية على النفس مع مخالفته لمقتضى الشرع في رخصة الأكل[1] .

3- ما لا تبيحه الضرورة و يتصور أن ذلك من حق العبد ، كالإكراه على الزنا ، فلا يجوز للمرأة الزنا لما فيه من فساد الفراش و ضياع النسل[2] ، وعلى ذلك ، لا يجوز للشخص قتل نفسه عند ظن الهلاك ، ، لحديث رسول الله ﷺ : ﴿ **و من قتل نفسه بشيء عذب به يوم القيامة** ﴾[3]، و حديث أبي هريرة : ﴿ **أن رجلا قاتل في سبيل الله أشد القتال ، فقال رسول الله ﷺ إنه من أهل النار ، فبينما هو على ذلك ، إذا وجد الرجل ألم الجرح ، فأهوى بيده إلى كنانته ، فانتزع منها سهما فانتحر بها** ﴾[4].

ووجه ذلك : أن جناية الإنسان على نفسه كجنايته على غيره ، لم يرخص الشارع له ذلك .

- **الضابط الثاني** : و هو المتعلق بالشروط العامة التي وضعها الفقهاء لضبط ما يسقط ومالا يسقط من طرف العباد .

فالذي عليه الفقهاء أن كل صاحب حق لا يمنع من إسقاط حقه بشروط :

1- أن يكون جائز التصرف ، بأن لم يكن محجورا .

---

[1]- ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج24 ص: 87 .

[2] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص: 187 ،و ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل**، ج5 ص: 313 .

[3] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب الجنائز ، رقم : 1275 .

[4] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب القدر ، رقم : 6116 .

3- أن يكون المحل قابل للإسقاط بأن لا يكون عينا أو شيئا محرما .

4- عدم وجود المانع ، كتعلق المحل بحق الغير[1] .

الفرع الثاني

حقوق العباد التي لا تقبل الإسقاط

- **العين** : و يقصد بذلك ، ما تحتمل التعيين مطلقا جنسا و نوعا و قدرا ، مثل العروض من الثياب ، و العقار من الأراضين و الدور و الحيوان من الدواب و المكيل والموزون .

فمالك العين له الحق في التصرف فيها بالنقل على الوجه المشروع كالبيع و نحوه[2] .

أما التصرف فيها بالإسقاط كأن يقول : أسقطت ملكي في هذه الدار لفلان ، و يريد بذلك زوال ملكه و ثبوت غيره ، فهذا التصرف باطل و لا يقبل هذا الحق الإسقاط[3] .

الفرع الثلث

ما يقبل الإسقاط من حقوق العباد

يشمل الإسقاط في حقوق العباد ، الديون و المنافع و الحقوق المطلقة أي : التي ليست دينا و لا منفعة و لا عينا ، كحق الشفعة و حق الخيار و حق القصاص [4].

---

[1] - ينظر : القرافي ، **الذخيرة** ، ج8 ص: 228 ، و ينظر : **الكاساني** ، البدائع ، ج6 ص: 172 .

[2] — ينظر : علي حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، ج1 ص: 240 .

[3] — ينظر : القرافي ، **الفروق** ، ج2 ص: 117 ، و هناك تفصيل بالنسبة للعين المغصوبة الهالكة و بالنسبة ما ورد في الوقف ، ففيه تفصيل فقهي ، يرجع إليه في أبواب الفقه بما يتعلق بالأعيان .

[4] — المصدر نفسه .

1- فالـدين : يجـوز إسـقاطه و الاعتيـاض عنـه بالاتفـاق ، و قـد يكـون الاعتيـاض فيهـا صلحا أو خلعا أو تعليقا ، مثل ما ذهبت إليه الشافعية : إذا أعطى المدين ثوبا في مقابلة إبرائه مما عليه من الدين ، فيملك الدائن العوض المبذول نظير الإبراء و يبرأ المدين[1] .

و قد جعل القرافي من أقسام الإسقاط بعوض ، الصلح على الدين[2] .

2- **أما المنافع** : فيجوز إسقاطها ، سواء كان المسقط مالكا للرقبة و المنفعة ، أم كان مالكـا للمنفعـة فقـط ، بمقتضـى عقـد ، كالإجـارة و الوصـية بالمنفعـة ، أم بغـير عقـد كالاختصاص بمقاعد الأسواق و ما شابه ذلك[3] .

و أما بالنسبة لإسقاطها بعوض ، فإنه يرجع إلى قاعدة التفريق بين ملك المنفعة و ملك الانتفـاع ، فمـن ملـك المنفعـة ملـك المعاوضـة ، و مـن ملـك الانتفـاع فقـط ، فإنـه يملـك الإسقاط و لكن لا يجوز المعاوضة عليه ، و هذا عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية و الحنابلة[4] .

- أما الحقوق المطلقة ، كحق الشفعة و حق الخيار و حق القصاص ، فهذه الحقوق وما شابهها يجوز إسقاطها[5] ، ما لم يتعلق بها مانع ، كحق الصغير في النسب ، فمن أقر

---

(1) – ينظر : ابن حجر الهيتمي ، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج** (دار إحياء التراث العربي ، ب.ت) ، ج5 ص : 192 .

(2) – القرافي ، **الفروق** ، ج2 ص: 256 .

(3) – ينظر : الكاساني ، **البدائع** ، ج2 ص: 355 ، و ينظر : الزركشي ، **المنثور في القواعد** ، ج2 ص: 52 .

(4) – ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج6 ص: 56 ، و ينظر : عليش ، **منح الجليل** ، ج7 ص: 51 ، و ينظر : الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج5 ص: 117-118 .

(5) – ينظر : القرافي ، **الفروق** ، ج2 ص: 117 .

3 بابن أو هنئ به فسكت ، فقد التحق به ، ولا يصح له إسقاط نسبه بعد ذلك[1] .

و أما الاعتياض عن هذه الحقوق ففيها تفصيل فقهي و لكن نذكر ما يخدم الموضوع ، فالقصاص يجوز الاعتياض عنه عند جميع الفقهاء ، و يجوز الصلح عن التعزير الذي هو من ضمن حق العبد ، و يصح الصلح في إسقاط حق الدعوى ، كحق الشفعة و الشرب إلا ما كان مخالفا للشرع ، كدعوى إثبات الحد أو النسب .

المطلب الرابع

أقسام الحقوق بالنسبة للعقوبات

بناء على ما أسس و عرض سابقا ، فإن الحقوق بالنسبة للعقوبة قسمان :

- **القسم الأول** : ما كان فيه اعتبار حق الله ﷻ من جهة المحض و من جهة التغليب .
- **القسم الثاني** : ما كان فيه اعتبار حق العبد من جهة التغليب .

الفرع الأول

اعتبار حق الله ﷻ من جهة المحض و التغليب

1- **من جهة المحض** : و هذا القسم غالب في الحدود ، و مثل له الفقهاء بحد الزنى وحد الشرب و حد الحرابة و حد الردة .

---

[1] – ينظر : سحنون ، **المدونة** ، ج2 ص:356 ، و ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ،ج7 ص: 95، و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج12 ص:489 ، و ينظر :الرملي ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) ، ج5 ص:112 .

وكذلك في التعازير ففيها ما هو حق خالص لله ﷻ ، و قد مثل له الفقهاء بتارك الصلاة عمدا ، و المفطر عمدا في رمضان ، و من يحضر مجالس الشراب و الفسق وغيرها ، فهذه تصرفات فيها اعتداء على حقوق الله ﷻ .

و اعتبارها محضة لله ﷻ بمعنى أنه ليس فيها حق للعبد.

2- **من جهة التغليب:** و المقصود من ذلك ، أن هناك من العقوبات التي هي من جملة الحدود، ما اجتمع فيه حق العبد مع حق الله ﷻ ، و بنيت على التزاحم و التنازع ، بمعنى : أنه يراعى حق العبد من وجه و يراعى حق الله ﷻ من وجه آخر ، لكن حق الله ﷻ هو المعتبر و المغلب كأصل عام .

و مثل له الفقهاء بحد السرقة و حد القذف ، فحق العبد فيهما يتمثل في حق رفع الدعوى أو الخصومة في رد المال المسروق أو دفع العار عن النفس ، و وجه حق الله ﷻ من جهة حفظ الأموال و الأعراض ، و أنهما من المقاصد الضرورية التي أمر الشارع الحكيم بحفظها .

و أما في التعازير ، ففيها ما هو حق للعبد و حق لله ﷻ و حق الله ﷻ غالب ، ومثل الفقهاء بذلك : تقبيل زوجة آخر و عناقها ، ففيه التعدي على حق العبد ، باعتبار أن الزوجة ملك خاص له ، و حق الله ﷻ من جهة ما في ذلك من تعد على أعراض العباد .

الفرع الثاني

ما كان فيه اعتبار حق العبد من جهة التغليب

و هي العقوبة التي اشتملت على اعتبار حق الله ﷻ و حق العبد ، و لكن غلب حق العبد عليه شرعا ، و قد مثل له الفقهاء بالقصاص ، ففيه حق العبد المتمثل في حق رفع الدعوى و المطالبة بالقصاص ، فإذا نهض بالقصاص ، فله حق العفو و المطالبة بالمال والتعويض .

و أما حق الله ﷻ ، فمن جهة أمر الشارع الحكيم حفظ النفوس من العدم و تحريم التعدي عليها بالقتل من غير حق .

و كذلك في التعازير مثل السب و الشتم ، ففيها حق الله ﷻ ، لكن حق العبد فيها غالب ، فله الحق في الخصومة .

و الملاحظ من خلال تتبع أقسام الحقوق بتلك الاعتبارات السابقة ، أن وجه التغليب بني على الأساس الشرعي ، و هذا قد أشرنا إليه من خلال بعض النصوص — سواء من الكتاب أو السنة– عند الكلام عن الأصول الشرعية للعقوبة و العفو في القصاص والحدود

و اعتبر تغليب حق الله ﷻ في الحدود ، عند إثبات الجريمة ووصول أمر الجاني إلى الحاكم من غير شبهة قائمة تدفع الحد عنه .

و أما في القصاص ، فاعتبر تغليب حق العبد من جهة أن الشارع الحكيم أقام هذه العقوبة على معان منها ، تمكينها على وجه تتحقق به العدالة العقابية تتطيب بها أسقام

المجني عليه و تشفي غيظه ، و هذه المعاني من شأنها أن تعطي أولوية لحق العبد في رفع الدعوى و المطالبة بحقه .

لكن من جهة أخرى ، أشار الشارع الحكيم إلى معنى آخر يشير إلى تعزيز حق الله ﷻ في قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (البقرة : 179) ، ففي قتل القاتل عدلا من غير إسراف و لا تعد بقاء للمهج و صونها و حياة للنفوس من إعدامها ، فالذي يفكر في القتل إذا علم أنه سيقتل قصاصا انكف عن صنيعه و هذا فيه تعزيز لحق الله ﷻ .

فالظاهر أن الشارع الحكيم أراد إبقاء الحقين في عقوبة القصاص ، و المجني عليه صاحب الحق ممتحن بين العفو و القصاص .

و أما الترجيح بينهما فمن خلال ما أسس سابقا ، فإن الشارع ندب إلى العفو كأصل عام ، لكن من ناحية التفصيل الفقهي ، فإن الفقهاء أشاروا إلى أن المقصود من ذلك مبني على الموازنة بين العفو و القصاص .

المطلب الخامس

أوجه الموازنة بين الحقوق المتعلقة بالعقوبات

ما تقدم ، يمثل قواعد عامة للفقيه ينطلق منها عند تزاحم الحقوق المتعلقة بالعقوبة ، خاصة و أن أمر العقوبات يتعلق بالنفس البشرية من خلال إجراء الألم عليها عند إثبات جرمها بوسائل الإثبات ، فاحتاطوا في هذا الأمر .

و الملاحظ أن الفقهاء وازنوا بين الحقوق في العقوبات من جهتين :

1- من جهة الأصل العام .

2- من جهة التفصيل الفقهي .

الفرع الأول

من جهة الأصل العام

و يقصد بالأصل العام ، تلك الأسس التي أشير إليها في المطلب الثاني ، المتمثلة في أقسام الحقوق و الآثار المترتبة على ذلك ، باعتبارها قواعد عامة ينطلق منها الفقيه في معرفة العقوبات التي يجري فيها العفو من التي لا يجري فيها ذلك .

و يمكن تلخيص ذلك في ثلاثة قواعد :

1- كل عقوبة مبنية على الخلوص أو التغليب لحق الله ﷻ ، ليس فيه العفو أصلا .

2- كل عقوبة مبنية على مراعاة حق العبد أو تغليب حقه ، ففيها العفو .

3- كل عقوبة غلب فيها حق العبد فأسقطه ، تمكن فيها حق الله ﷻ.

- **فالقاعدة الأولى** : مبني على أن **حقوق الله ﷻ لا تسقط بإسقاط العبد لها** ، و لأنها تعلق بها النفع العام فلا يملك أحد من الآدميين إسقاطها بالعفو .

فكان اعتبار جانب العقوبة أقوى عند الإثبات و قيام الأدلة الصحيحة من غير شبهة ، و لا اعتبار للشفاعة و لا للصلح ، و لا يجوز الاعتياض عنها .

و هذا ظاهر في الحدود ، فلذلك نجد أن الفقهاء بنوا الحدود كلها على أصلها العام ابتداء من غير النظر إلى العفو و الشفاعة أو الصلح و يتمثل في : تمكينها عند الإثبات ، ففصلوا في العقوبة و شروطها ترجيحا لمعنى العقوبة فيها ، و لم يفصلوا في العفو .

– **القاعدة الثانية** : فمبنية على مراعاة مصلحة العبد ، تسقط بإسقاطه ، فيجوز فيها العفو و الاعتياض فيها و الشفاعة فيها .

و قد ندب الشارع الحكيم في هذا الجانب إلى العفو و الصلح ، ترجيحا على معنى العقوبة ، كما هو الحال في القصاص ، أو قبل وصول أمر الجاني إلى الحاكم في الحدود بالنسبة لعقوبة السرقة والقذف .

– **القاعدة الثالثة** : مبنية على أن التشريع العام للعقوبات ليس فيه إفلات من العقاب

و لذلك ، إذا سقط القصاص بالعفو ، كان للإمام أن يعزر الجاني بعقوبة يراها مناسبة له

الفرع الثاني

من جهة التفصيل الفقهي

بناء على الأصل العام الذي سبق ذكره ، أقام الفقهاء نظرتهم إلى العقوبة سواء كانت حدا أو قصاصا أو تعزيرا .

فرأوا أن هناك من العقوبات مبينة على اعتبار حق الله ﷻ فليس فيها العفو كالحدود و عقوبة مبنية على اعتبار حق العبد ففيها العفو كما هو في القصاص ، وعقوبات مبنية على النظر بحسب المصلحة التي يراها الحاكم كما في التعازير.

لكن من حيث التفصيل الفقهي ، فهناك نظرة أخرى تتعلق بحسب كل عقوبة .

أ– بالنسبة للقصاص : تبين فيما سبق ، أن الشارع الحكيم أراد من هذه العقوبة إبقاء الحقين ، حق العبد و حق الله ﷻ ، و إن كان حق العبد غالبا على حق الله ﷻ في القصاص .

فقد ذكر الشارع القصاص في معرض المدح ، من خلال بيان أن في تطبيقه حياة للناس و ذكر العفو من باب الندب و حث عليه ، فدل أن الشارع أراد معنى يدل على المقصود من تشريع القصاص ، فاهتدى العلماء إلى ضبط العفو حتى يصبح موافقا لمقصد الشارع من تشريع هذه العقوبة ، ففرقوا بين العفو عن القاتل التائب و بين العفو عن القاتل المعروف بالفجور و القتل .

أما المعنى الذي استلزم ضبط العفو ، فقد أشار إليه الشارع في الحدود عامة ، خاصة حد الحرابة وعقوبة قتل الغيلة بحسب تعريف فقهاء المالكية[1] .

فالمعلوم أنه إذا وقع القتل في الحرابة ، فإنه يغلب حق الله ﷻ على حق العبد ، و ليس لأولياء الدم أو ولي الأمر العفو عن ذلك ، قبل القدرة على المحارب ، وهو محل إجماع عند الفقهاء[2] .

و قد رجح فقهاء المالكية في قتل الغيلة حق الله ﷻ ، فليس لأولياء الدم العفو[3] .

---

[1] – قتل الغيلة عند فقهاء المالكية هو : القتل على مال ، فأشبه الحرابة ، فإن كان لعداوة ففيه القصاص ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج 8 ص: 293 .

[2] – ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج10 ص:127 .

[3] – ينظر : النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، ج2 ص: 185 .

و رغم أن حد الحرابة إن وقع فيه القتل وعقوبة قتل الغيلة ، يشتركان مع القصاص من حيث صيانة الوجود ، إلا أنهما يفترقان من حيث أن القتل في حد الحرابة و الغيلة لم يكن لعداوة كما هو شأن القتل في القصاص ، و إنما كان لإخافة السبيل و أخذ الأموال.

فالقتل في الحرابة و الغيلة لم يختص بحق أولياء الدم ، و إنما عم ضرره جميع الناس ، فرجح فيها جانب حق الله ﷻ ، و لم يراع فيها حق العبد .

بخلاف القتل في القصاص ، فالضرر اختص به العبد وحده ، فغلب حق العبد على حق الله ﷻ من هذه الجهة .

فتبين أن الشارع الحكيم ، إنما رجح جانب العقوبة التي فيها حق الله ﷻ على الخلوص أو من جهة التغليب ، لما في الجرم من فساد يعم الناس و لا يختص بأحد منهم ، و هو المعنى المقصود .

و هذا المعنى موجود في القصاص ، لأنه يشترك مع حد الحرابة و عقوبة قتل الغيلة –عند فقهاء المالكية – من حيث صيانة الوجود .

و لذلك إذا عفا أولياء الدم عن الجاني ، فإنه يجلد مائة و يسجن سنة عند فقهاء المالكية ووجه ذلك : أن العبد أسقط حقه فبقي حق الله ﷻ ، فلا يملك أولياء الدم إسقاطه[1].

و الملاحظ أن حقوق الله ﷻ في القصاص أريد إبقاؤها أمام حق العبد ، حتى ينضبط حق العبد و الذي هو العفو بالمعنى المقصود سابقا ، و ليدل على أن الشارع الحكيم لما شرع العفو و ندب إليه ، إنما شرعه مع مراعاة ذلك المعنى .

---

[1] – ينظر: الباجي ، **المنتقى** ، ج9 ص: 118 .

و هذه من دقائق الأمور التي دفعت علماء الشريعة إلى ضبط العفو في القصاص ، يتمثل في أن لا يحصل معه ضرر ، فإن حصل ذلك كان ظلما من العافي على نفسه أو لغيره[1].

وفرق بعض العلماء[2] بين العفو عن الفاجر المشهور بفجوره ، والعفو عن التائب توبة ظاهرة تدل على تحقق الزجر .

فالعفو عن الفاجر القاتل لا يحقق المعنى السابق ، لأن ذلك من شأنه أن يزيد من ظلمه و عداوته و يمكن للأعداء من الاستهتار بالنفوس ، فلا يتحقق المعنى المقصود من القصاص .

بخلاف العفو عن التائب ، فإن العفو عنه مندوب إليه يتحقق به المعنى المقصود من تشريعه .

و لذلك ، حق العبد في القصاص منضبط بحصول المعنى المقصود من تمكين حقوق الله ﷻ ، و إنما العبد ممتحن بين العفو و القصاص ، فتأتي الموازنة بين تغليب العقوبة أو ترجيح العفو بحسب تحقق ذلك المعنى .

ب– بالنسبة للحدود : أقام الفقهاء حد الزنا و حد الشرب و حد الحرابة و حد الردة على اعتبار حق الله ﷻ فيها على الخلوص ، فليس فيها عفو و لا صلح و لا شفاعة عند الإثبات و قيام الأدلة على الجرم .

و إنما الملاحظ أن الفقهاء اعتبروا العفو في حدين : حد السرقة و حد القذف .

---

(1) – ينظر : ابن مفلح ، **الفروع** ، ج9 ص:410 ، و ينظر : الرحيباني ، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** ج 6 ص: 58 .

(2) – ينظر : القرطبي ، **جامع الأحكام** ، ج16 ص: 31 ، وينظر :ابن العربي ، **أحكام القرآن** ، ج4 ص:87 .

و ذلك يتضح من خلال اعتبار حالتين في الحدين :

– **الحالة الأولى** : قبل وصول الجاني إلى الإمام أو الشرط و الحرس على رأي الإمام مالك، و هذا أمر ليس فيه خلاف في جواز العفو فيه .

– **الحالة الثانية** : بعد وصول الجاني إلى الإمام أو الشرط أو الحرس .

– **أما بالنسبة للحالة الثانية** : فإن ثبت أمر السرقة أو القذف عند الإمام و مع قيام الأدلة من غير شبهة ، رجح جانب حق الله ﷻ على حق العبد ، فلا عفو و لا شفاعة و لا اعتياض ، قياسا على الأصل العام .

لكن في الأمر تفصيل عند الفقهاء بغض النظر عن مذاهبهم ، و ذلك في حد السرقة وحد القذف من حيث اشتراط الخصومة و رفع الدعوى في الحدين و كان المجني عليه غائبا أو لم يحضر مجلس القضاء .

فأما بالنسبة لحد السرقة ، فإن قال المسروق عند الإمام أن الشهود شهدوا شهادة زور أو أنه لم يسرق مني أو العين التي سرقت له لا يقام عليه الحد[1] ، و هذا ليس باعتبار عفوه ، و إنما باعتبار إثبات الملكية للمتهم بالسرقة ، بخلاف إن قال السارق عفوت عنه أو وهبت له المال ، ففيه القطع .

(1) – ينظر : الحدادي العبادي ، **الجوهرة النيرة** (المطبعة الخيرية ، ب.ت) ، ج2 ص: 171 .

و أما حد القذف ، فإن فقهاء الشافعية[1] و الحنابلة[2] يرون جواز العفو في هذه الحالة ، لأن حق العبد عنده غالب على حق الله ﷻ ، و استدلوا بأدلة من السنة والمعقول ليس موضعها في هذا المبحث .

ومن حيث اشتراط الخصومة ففيه اختلاف بين الفقهاء ، فهناك من اشترطها اعتبارا لحق العبد ، و هناك من لم يشترطها اعتبارا لحق الله ﷻ.

أما الخصومة في حد السرقة فخلاصة المسألة هي : في أن الذي لم يشترط الخصومة أعمل في الشهادة التهمة ، بمعنى أن الشاهد إذا شهد على السارق يصبح متهما ،

فيوازن القاضي في أمره ، فينظر في حال المتهم بالسرقة إن كان من أهل الخير و الفضل بعيدا عن التهمة التي اتهم بها ، فإن القاضي يرجح شبهة العفو و لا يكشف عن حال المتهم ، و لا يلتفت إلى هذه التهمة .

بخلاف إن كان حال المتهم مما تكرر منه فعل السرقة أو عرف حاله بالفجور ، فللحاكم أن يسجنه و يخبر حاله[3] . أما في حد القذف ، فالذي عليه الاتفاق أن الخصومة شرط فيه ، و هو المختار كما اختاره العز بن عبد السلام[4] .

---

[1] – ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج3 ص: 487 ، و ينظر : النووي ، **روضة الطالبين و عمدة المفتين** ، تحقيق عادل أحمد الموجود و علي محمد معوض (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت) ، ج7 ص: 323 .

[2] – ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج10 ص: 315 .

[3] – ينظر : أبو عبد الله المالكي ، **شرح ميارة الفاسي** ، تحقيق : عبد اللطيف حسن عبد الرحمن (دار الكتب العلمية ، بيروت : 2000م) ، ج2 ص: 445 .

[4] – ينظر : ابن نجيم ، **الأشباه و النظائر** (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1980م) ، ج1 ص: 237 .

لكن بعض الفقهاء – مع قوله اشتراط الخصومة – رجح جانب الترك ، بمعنى : من الأفضل للمقذوف ترك الخصومة[1] .

و العلة في ذلك : أن من شأن رفع الدعوى بالقذف إشاعة الفاحشة ، و فيها من الإضرار ما يلحق بالمقذوف من العار و يشتهر أمره بين الناس .

و فيه إشارة إلى ترجيح حق الله ﷻ من هذه الجهة ، لأن منع وقوع الفحش بين الناس من مقاصد تشريع العقاب.

و الظاهر أن الأمر فيه موازنة بين حق العبد و حق الله ﷻ ، مفاده :

إن كان القاذف على غير ملأ من الناس ، و لا يعلم ذلك إلا الشاهدان و هما أهل صلاح يكون من الأفضل الترك ، ترجيحا لمعنى العفو ، لقوله ﷻ : ﴿ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلۡفَضۡلَ بَيۡنَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ (البقرة:237) ، و قوله ﷻ ﴿ وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰ﴾ (البقرة :237) ، حتى لو وصل الأمر للحاكم ، لا بد أن ينظر الحاكم إلى حال القاذف و المقذوف ، و من المستحسن إذا تبين صلاح حالهما ، أن يرجح جانب الستر .

أما إذا كان القذف في ملأ من الناس ، فيرجح حق الله ﷻ من باب أولى ، حتى لا يجترئ الفساق على انتهاك أعراض الناس .

ج– التعازير : الملاحظ أن التعازير يجوز فيها العفو و الشفاعة بخلاف ما تقرر في الحدود ، و أن حقوق العباد فيها لا تسقط إلا بإسقاط أصحابها ، أما ما يتعلق بحقوق الله ﷻ ،

---

[1] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5 ص: 516 .

فالظاهر أن ليس للولي إسقاطها ، و إنما أشار الفقهاء و علماء السياسة الشرعية إلى قاعدة تبنى عليها جميع العقوبات التعزيرية التي فيها حق الله عز وجل من جهة المحض أو التغليب[1] .

وهي قاعدة **مراعاة الأصلح** ، و مضمونها : أن ينظر ولي الأمر إلى حال الجاني و يوازن بين العفو و العقوبة ، و أيهم الأصلح للجاني ، حتى يتحقق المعنى المقصود من التعازير الذي هو : التأديب و الإصلاح .

---

[1] – ينظر :ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ج2 ص:224 ، و ينظر : الماوردي ، **الأحكام السطانية** ، ص: 312 و ينظر : سحنون ،**المدونة** ، ج4 ص: 488 ، و ينظر : ابن عابدين ، **رد المحتار** ، ج4 ص: 82 .

المبحث الثالث

ما يتعلق بالحقوق من جهة العفو

يتضمن هذا المبحث الشق الآخر من الموضوع ، وهو علاقة الحقوق بالعفو .

و ليس المقصود بيان أقسامها باعتبار العفو فيها كما هو الحال في الفرع الثاني من المطلب السابق ، الذي ذكر فيه أقسام الحقوق باعتبار العقوبة ، و إن كان قد ذكر ذلك ضمنا .

و إنما القصد هو بيان طبيعة و خصائص الحقوق التي يجري فيها العفو ، و الحقوق التي لا يجري فيها العفو ، و هذا مبحث مهم في بيان مسالك الفقهاء في الموازنة بين العقوبة و العفو باعتبار هذا الأساس .

المطلب الأول

ما يتعلق بالحقوق الشرعية التي لا عفو فيها

وجد أن الحقوق التي لا يجري فيها العفو و لا تسقط بوجوده ، تعلقت بها بعض المعاني، بينت طبيعتها و خصائصها ، منها : معنى التعبد و تعلقها بالنفع العام و تعلقها بالإثبات .

الفرع الأول

تعلقها بمعنى التعبد

المعلوم و المستقر عند الفقهاء أن حقوق الله ﷻ لا عفو فيها و لا شفاعة من حيث الأصل العام التي وضعت من أجله هذه الحقوق ، الذي هو : إنما كان القصد من وضعها مطلق الامتثال ، تعظيما لله ﷻ و تشريفا ، فأضيفت إلى اسمه ﷻ ، حتى يقف عند حدها العباد .

و لذلك جاء معنى التعبد في تعريفات بعض أصولي المالكية لحق الله ﷻ من ذلك تعريف القرافي ، بقوله : « امتثال أمره و اجتناب نواهيه »[1]، و عرفها الشاطبي بقوله :« ما فهم من الشرع أنه لا خيرة فيه للمكلف ، كان له معنى معقول أو غير معقول»[2].

و لما كانت هذه الحقوق متعلقة بهذا المعنى ، تقرر عند علماء السياسة الشرعية على أن إقامتها في الأرض أمر واجب على أولياء الأمور ، و يقصدون بذلك : النهوض بالحدود و القصاص و التعازير .

و لما كان أمر إقامة العقوبات التي تحفظ هذه الحقوق من اختصاص ولي الأمر ، فقد ضبط الشارع الحكيم هذه العقوبات على أساس النص ، فجاءت هذه العقوبات محددة قدرا و نوعا ، سواء كان حقا لله ﷻ من جهة المحض أو جهة التغليب ، فسمى الفقهاء الحدود و القصاص بالعقوبات المقدرة شرعا .

---

(1) – القرافي ، **شرح تنقيح الفصول** ص: 80.

(2) – الشاطبي ، **الموافقات** ، ج2 ص: 241 .

و جاء قول النبي ﷺ يؤكد ذلك في قوله : ﴿ **فما بلغني من حد فقد وجب** ﴾[3] ، والخطاب لأولياء الأمر من جهة أن لهم حق السلطنة في إقامة الحدود و القصاص.

و سميت الحدود بذلك ، لتعطي للعقوبة قدرا لا يجوز تعديه ، و لأن الله ﷻ حدها وقدرها ، فلا يجوز لأولياء الأمور الإنقاص من قدرها أو الزيادة عليها أو استبدالها بغيرها و لذلك جاء خطاب الشارع مقرعا لمن زاد أو أنقص منها ، قال الله ﷻ : ﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ ﴾ (الطلاق:1) .

و من آثار هذا المتعلق :

1- المقرر عند الفقهاء و علماء الأصول أن **المقدرات الشرعية لا يدخلها القياس ،**

فتقديرها لا يعرف إلا من جانب الشارع الذي قدره .

2- الخصومة ليست بشرط في الحقوق الخالصة لله ﷻ ، لأن الشهادة فيها تقام حسبة لله تعالى ، فلا يتوقف ظهورها و إثباتها على دعوى العبد .

3- أن العقوبات التي تحفظ هذه الحقوق لازمة ، بمعنى : أنه لا يجوز لولي الأمر أو المجني عليه العفو عنها أو إسقاطها ، و لم يجعل الشارع للسلطة التنفيذية سلطانا في العفو عنها

فحفظ هذه الحقوق التي تعلقت بهذه المعنى ، يكون في الغالب بترجيح معنى العقوبة

---

(3)- أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الحدود ، رقم : 3804 .

الفرع الثاني

تعلقها بالنفع العام

و يقصد بذلك المصالح الكلية ، و هي المصالح التي تعود على عموم الأفراد والجماعات عودا متماثلا[1] .

و هذه المصالح الكلية قد حصرها علماء الأصول في خمس تقام الحياة عليها ضرورة ، وسموها بالأصول الخمس و هي: حفظ النفوس و العقول و الأنساب و الأعراض والأموال [2].

و لذلك حرم القتل العمد العدوان و الزنا و السرقة و الردة ، لأن في حفظها حفظ لحقوق عامة الناس المتمثلة في صيانة النفوس من سفك دمها ، و سلامة الأنساب من الاختلاط ، و صيانة الأموال من الضياع و سلامة العقول .

و لما كان عموم النفع يتعلق بجمع من الناس ، و لا يتعلق بالنفع الشخصي ، حصل من ذلك إهمال للاعتبار الشخصي في الحقوق التي تعلق بها هذا المعنى ، فلم يعط اعتبار للجانب الشخصي أو المصلحة الشخصية ، و إنما اتصلت هذه الحقوق بالمصلحة العامة .

فحصل من ذلك : أنه لا يجوز لأحد إسقاطها بالعفو أو الصلح عنها أو الشفاعة فيها إلا ما تعلق بالنفوس ، فقد جاء فيها التخيير بين العفو و العقوبة بالنص الشرعي ، لأن

---

[1] – ينظر : الطاهر بن عاشور ، **مقاصد الشريعة الإسلامية** ، ط2 (دار سحنون للنشر و التوزيع ، تونس: 2007 م) ، ص: 84 .

[2] – ينظر : الغزالي ، **المستصفى** ، ج1 ص: 636.

عظم فيها حق الخاصة و ترجح ، و الفرد يملك خاصية نفسه في إسقاط حقه بالعفو أو الصلح أو ما دل على ذلك .

و تعلق بالنفع العام حقوق الله ﷻ ، و ينسب ذلك لله ﷻ لتشريف ما عظم خطره وقوي نفعه[1] ، فكان من أقوال الفقهاء الذي يناسب هذا المعنى أن المقصود بالنفع العام : إخلاء العالم من الفساد[2]، زيادة على المقصود الأول الذي ذكر في بداية الكلام عن هذا المتعلق .

و تعلق بها حق الله ﷻ لإفادة أمرين :

– **الأمر الأول** : ألا يختص هذا الحق بأحد من العباد ، إنما هو نفع للعالم كله ، فليس لأحد حق النيابة عن الله ﷻ في إسقاطه بالعفو أو الشفاعة أو الصلح .

– **الأمر الثاني** : لما كان الأمر يتعلق به سبحانه و تعالى ، كان الواجب تنفيذه من غير أن تأخذ الناس الرأفة بالعصاة و الجناة الذين انتهكوا هذه الحقوق ، فكان التنفيذ للحكم أمر يقع به المقصود الذي هو الزجر ، لذلك قال النبي ﷺ : ﴿ **أيها الناس إنما هلك الذين من قبلكم أنه كان إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، و إذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد** ﴾[3]، فدل منطوق الحديث أن سبب الهلاك ترك إقامة الحدود و المداهنة فيها سواء بالشفاعة أوالعفو من طرف أولياء الأمور ، و دل بمفهومه أن سبب الحياة إقامة هذه

---

[1] – ينظر : البخاري ، **كشف الأسرار** ، ج4 ص: 230 .

[2] – ينظر : ابن أمير الحاج ، **التقرير و التحبير في علم الأصول** (دار الفكر ، بيروت : 1996م)، ج2 ص:111 .

[3] – أخرجه مسلم في **صحيحه** ، كتاب الحدود ، رقم :3197 .

الحدود لما فيها من حفظ أسباب الحياة ، و لذلك قال النبي ﷺ :﴿ **حد يعمل في الأرض خير لأهل الأرض من أن يمطروا ثلاثين صباحا** ﴾[1] .

فحرمت الشفاعة و العفو في الحدود لتعلقها بالنفع العام .

الفرع الثالث

تعلقها بالإثبات

لأن الحقوق التي لا عفو فيها و لا شفاعة هي الحقوق الثابتة عند الحاكم ، و لذلك عندما عرف الفقهاء الثبوت قالوا بأنه : « قيام الحجة على ثبوت السبب عند الحاكم »[2]

فالثبوت الكامل لهذه الحقوق عند الحكام يجعل إنشاء العفو أو الشفاعة أو الدعوة إلى الصلح من طرف الحاكم أمرا يخالف الشرع ، لدلالة النصوص الشرعية على ذلك .

فقد أشار الزبير بن العوام إلى هذا الأمر ، في شفاعته للص أرادوا أن يرفعوه إلى خليفة المسلمين عثمان بن عفان ﷺ و استمسكوا بذلك ، فقال : « **إذا بلغت الحدود السلطان فلعن الله الشافع و المشفع** »[3]، و قوله ﷺ في قصة صفوان ﷺ : ﴿ **فهلا قبل أن تأتيني به** ﴾[4].

و الملاحظ فيما تقرر في كتب الفقه ، و فيما يتعلق بجانب الحدود و القصاص ، أنه غلب عليهم التأسيس ، و القصد من ذلك : تأسيس معنى العقوبة ، فتكلموا في إثبات

---

[4] — أخرجه النسائي في **السنن** من حديث أبي هريرة ، كتاب قطع السارق، رقم : 4860 .

[1] — ابن فرحون ، **التبصرة** ، ج1 ص: 98 .

[2] — سبق تخريجه .

[3] — سبق تخريجه .

الجرائم التي فيها اعتداء على حقوق الله ﷻ ، أكثر من كلامهم في العفو و الشفاعة .

و حاصل هذا المعنى لتأكيد أمرين :

1- أمر يتعلق من حيث مقصد العقوبة ، فقد حصل للفقهاء أن الشارع الحكيم أراد الاحتياط في هذه العقوبات قدر الإمكان ، حتى يكون لتطبيق العقوبة حجة قوية للجاني و المجني عليه ، فتستقبلها العقول السليمة بالقبول و يتحقق معنى العدالة فيها .

2- الأمر الثاني يتمثل في أنه : عند الإثبات لا بد من العقوبة حتى لا تجترئ النفوس الضعيفة على حقوق الله تعالى التي فيها حفظ لحقوق العباد ، و حتى لا يقع في نفوس العامة الاستهانة بأمور الحكم .

فكان حاصل هذين الأمرين ، أن قسم الفقهاء أمر الإثبات قبل الرفع إلى الإمام و بعد الرفع .

فاستحسنوا الستر و العفو قبل الرفع ، بخلاف بعد الرفع ، فلا يجوز ذلك ، إلا في مسائل تتعلق بالحقوق التي فيها حق خصومة العبد كالقذف و السرقة .

و جاء من تفريعات العلماء و تفصيلاتهم ، أنه إذا تاب الجاني توبة نصوحا قبل الرفع إلى الإمام ، سقط عنه الحد بالعفو ، فإذا رفع إلى الإمام لم يكن في توبته أثر في سقوط الحد عنه ، والعلة في ذلك : أن لا يكون ذريعة للنفوس الضعيفة إلى تعطيل حدود الله ﷻ ، إذا يمكن لأي أحد أن يظهر توبته ليتخلص من ألم العقوبة و لا يعجزه ذلك[1] .

---

[1] – ينظر : ابن قيم الجوزية ، **إعلام الموقعين** ، ج3 ص:144 .

و هناك من الجرائم التي فيها اعتداء على حقوق الله تعالى لا تفتقر إلى رفع الدعوى أو خصومة العبد ، فجرائم الزنا أو الشرب ، تقام بالشهادة من غير دعوى أحد ، فإذا ثبت أمرها بهذه الطريقة أقيم الحد من غير عفو .

و لذلك فإن وظيفة أولياء الأمور عند إثبات الحقوق التنفيذ ، و إنما يحتاج للحاكم لأن تفويض أمر الحقوق الثابتة للناس يؤدي على التهارج و القتال [1].

فعند الإثبات ، لا يجوز تعطيل الحدود لا بالعفو و لا بالشفاعة و لا بهبة أو صلح ، فإذا رفع الجاني إلى الحاكم و قد ثبت أمره عنده ، فالعقوبة أولى .

المطلب الثاني
ما يتعلق بالحقوق التي يجري فيها العفو

أما الحقوق التي يجري فيها العفو ، فتتعلق بالمصلحة الخاصة ، و بالتخيير ، و تعلقها بحق السلطنة أو بالإمامة .

الفرع الأول
تعلقها بالمصلحة الخاصة

و المقصود بذلك : الحقوق التي أقرها الشارع الحكيم للعباد ، فسميت بحقوق العباد ، ولا تتعلق بالنفع العام غالبا ، و إنما تتعلق بمصلحة اختص بها العبد .

---

[1] – ينظر : ابن فرحون ، **التبصرة** ، ج1 ص: 98-99 .

فكان حاصل ذلك ، أن أجاز الفقهاء العفو و الصلح و الشفاعة في العقوبات التي غلب فيها حق العبد ، لأن له حق إسقاطها ، باعتبار أن تصرفه بإسقاط هذه الحقوق إنما هو تصرف في حقه بما يحقق مصالحه ، من غير أن يلحق الضرر بغيره .

و من تطبيقات ذلك في العقوبات :

1- تغليب حق العبد في القصاص ، و إثبات له حق الاستيفاء و حق العفو .

2- إثبات حق الخصومة المقرر في حدين من الحدود ، حد السرقة و حد القذف ، وذلك من جهة اعتبار قيام حد السرقة و حد القذف يحتاج إلى تحريك دعوى من المسروق أو المقذوف .

و تعليل ذلك : أ- بالنسبة لحد السرقة ، فذلك يتحقق بتحقق الملكية ، و كون المال لم يبحه للسارق ، لأن الأموال يجري فيها البذل و الهبة و النفقة ، فاعتبرت المطالبة لإزالة الشبهة [1].

ب- و أما بالنسبة لحد القذف ، فالذي عليه الاتفاق أن الخصومة شرط في ذلك قبل وصول الأمر إلى الحاكم ، لأن المقذوف يطالب القاذف ظاهرا و غالبا دفعا للعار عن نفسه [2].

فكان أن قسم الفقهاء أمر إثباتها قبل الترافع و بعد الترافع ، فأجازوا العفو قبل الترافع و مثله بعد الترافع و قبل الإثبات كما هو الحال في حد القذف ، فالحكم واحد .

---

(1) – ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج10 ص: 294 .

(2) – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5 ص: 523 .

لكنهم اختلفوا في العفو بعد الحكم أو بعد الإثبات خاصة بالنسبة لحد القذف ،

وحصل الاتفاق بالنسبة للحد السرقة أنه لا يجوز العفو فيها في هذه الحالة ، لأن حق العبد في الخصومة قد استوفاه برفع الدعوى و المطالبة ، فبقي حق الله ﷻ الذي هو إقامة الحد[1].

و **ضابط ما سبق** : أن الحقوق التي أقرها الشارع الحكيم للعباد و سميت بحقوق العباد ، إنما كان ذلك من جهة التغليب ، بمعنى : أنه ما من حق للعبد إلا و فيه حق الله ﷻ .

فحصل من ذلك ، أن العفو عن الحد قبل الترافع أو بعدم إقامة القصاص ، لا يزيل وصف الجريمة ، فهو يسقط حق المجني عليه في الخصومة ، لكن لا يسقط حق الله ﷻ ، فلولي الأمر التعزير حتى لا تظهر الجرأة على حقوق الله ﷻ .

الفرع الثاني

تعلقها بالتخيير

و المقصود بالتخيير في هذا الموضع هو : تفويض الأمر إلى اختيار ولي الأمر أو من له الحق في تعيين أحد الحقوق التي أقرت له شرعا .

و من ذلك حد القصاص : فالذي عليه الاتفاق بين الفقهاء أن لولي الدم أحد شيئين : القصاص أو العفو إما على الدية و إما على غير الدية[2] .

---

[1] – للتفصيل في القذف ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5 ص:522-523 ، وينظر : سحنون ، **المدونة** ج4 ص: 530 ، و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج10 ص :195 .

[2] – ينظر : ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج6 ص: 73 .

و ذلك لدلالة النصوص الشرعية على ذلك منها حديث رسول الله ﷺ : ﴿ **من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يفتدي و إما أن يقتل** ﴾[1] .

و هذا النص قد أثبت الخيار على أن الواجب أحد الأمرين ، و هو ظاهر الدلالة في ذلك[2].

و هناك من الفقهاء من أوقف تخيير ولي الدم في أخذ الدية على رضا الجاني ، بمعنى : أنه لا يجوز أن يعفو ولي الدم إلى الدية إلا برضا الجاني ، و أنه ليس لولي الدم أن يجبر الجاني على دفع الدية إذا سلم نفسه للقصاص[3] .

و هذا الاختلاف لا يضر في إثبات الخيار لولي الدم في القصاص .

و من ذلك التخيير في التعزير : ففي العموم ، فإن الفقهاء قالوا بجواز التخيير بين العقوبة و العفو بالنسبة للإمام في عقوبات التعزير ، فله الاجتهاد في اختيار العقوبة والنظر في أحوال الجناة و الجناية ، و له الحق في العفو ، إن كان ذلك زاجرا للجاني أو رأى مصلحة في ترجيح ذلك[4] .

و هناك من الفقهاء من قال بوجوب التعزير إن كان لحق الله ﷻ [5].

---

[1]- سبق تخريجه .

[2] – ينظر : ابن دقيق العيد ، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام** ، ج1 ص: 433 .

[3] – و لمعرفة سبب الاختلاف و بيان المذاهب في ذلك ينظر : ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج6 ص:37– 38 – 39 .

[4] – ينظر : القرافي ، **الفروق** ج4 ص: 146 ، و ينظر : ابن قيم الجوزية ، **الطرق الحكمية** ، ص:143 .

[5] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5 ص: 534 ،و ينظر : الدردير ، **الشرح الكبير**، ج4 ص:354 .

لكن هذا لا يضر في عموم ما سبق ، لأن أصل تعليلهم مبني على قاعدة عامة أقرها جميع الفقهاء و هي : أنه **ما من حق يسقط بإسقاط العبد له إلا و فيه حق لله** ﷻ و هو : حق الإجابة والطاعة .

و لا بد التنبيه على أمر مفاده : أنه هناك فرق بين وقوع التخيير في القصاص ووقوعه في التعزير .

- **فالأول** لا يبنى على الاجتهاد من قبل ولي الدم ، و إنما قد يقع ذلك من جانب الميل و الفطرة ، فإن فطرة الناس مجبولة على الإحسان و العفو ، و على الانتقام والثأر .

- و **أما الثاني ،** فالتخيير في التعزير مبني على اجتهاد ولي الأمر ببذل الجهد فيما هو أصلح للمسلمين ، خاصة إذا كان الحق حق الله ﷻ ، فعلى ولي الأمر **مراعاة حكم الأصلح** في العفو أو العقوبة[1] .

الفرع الثالث

تعلقها بالإمامة

أو ما يسمى عند الفقهاء بحق السلطنة .

و المقصود بذلك : الحقوق التي وكل حفظها إلى الإمام ، و من تعبيرات الفقهاء على ذلك قولهم : « التعزير مفوض إلى رأي الإمام »[2] ، و قولهم : « التعزير اسم يختص بفعله الإمام أو نائبه »[3].

---

(1) – ابن فرحون ، **التبصرة ،** ج2 ص: 224 ، و ينظر :القرافي ، **الفروق** ،ج2 ص: 18 .

(2) – ابن عابدين ، **رد المحتار** ، ج4 ص: 62 .

(3) – القرشي ، **معالم القربة في معالم الحسبة** (دار الفنون ، كمبردج : ب.ت) ، ص:191 .

فلما كان الأمر مفوضا إليه ، أقر الفقهاء جواز صدور العفو منه في العقوبات التعزيرية لكن بتفصيل موجود في فروعهم الفقهية ، و كان الغرض من ذلك ضبط الأمر لولي الأمر حتى لا يؤدي ذلك إلى الجور و الظلم ، فتفقد العقوبة عدالتها .

و قد ذكر الفقهاء جواز العفو لولي الأمر في الأمور التالية :

1- إذا رأى المصلحة في ذلك .

2- إذا جاء الجاني تائبا ، و كان أمر التوبة ظاهرا فيه .

3- إذا علم ولي الأمر أن الجاني قد انزجر قبل إقامة العقوبة التعزيرية عليه[1] .

و إنما أقر الفقهاء ذلك بالنسبة للحقوق التي تتعلق بالنفع العام و تفرد التعزير بحق السلطنة ، أما حقوق الآدميين ، ففيه الخلاف .

أ- فالحنفية و المالكية يرون أن العفو عنها موكول إلى أصحابها بالخيار[2] .

ب- و أما الصحيح عند فقهاء الشافعية ، فواجب على الحاكم إقامتها إذا طلب الأفراد بحقهم[3] .

---

(1) – ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج8ص: 438 ، و ينظر : ابن عابدين ، **رد المحتار** ، ج4 ص:75 .

(2) – المصادر نفسها و الصفحات نفسها .

(3) – ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج5 ص: 527 .

المبحث الرابع

من مسالك الموازنة بين العقوبة و العفو

من خلال اعتبار الحقوق

يعتبر هذا المبحث تطبيقا لما سبق ، و من خلاله تتضح المسألة المراد البحث فيها و هي: اعتبار الحقوق في الموازنة بين العقوبة و العفو .

و قد سلك العلماء في ذلك عدة مسالك ، مثل مسلك التقديم و التأخير و ذلك عند اجتماع الحقوق سواء كان اجتماعا تتساوى فيه أو تتنازع ، و مسلك التغليب و ذلك عند موضع الشبهة أو عند مراعاة مباني هذه الحقوق .

المطلب الأول

مسالك التقديم و التأخير

تبين من خلال الفروع الفقهية التي تتعلق بجانب العقوبات خاصة عند مسألة تداخلها إذا اجتمعت على شخص واحد أو تعددت الأشخاص ، أن الفقهاء سلكوا في ذلك مسالك ، ذكرت في كتبهم بشكل قواعد عامة تستعمل عند تساوي الحقوق أو عند تنازعها أو تزاحمها ، بحسب كل مذهب .

و لبيان ذلك و توضيح هذه القضية ، فإن الأمر يقتضي تقسيما يتماشى مع طبيعة الحقوق عند تداخل العقوبات .

فقد وجد أن الفقهاء بينوا مسالكهم في هذه المسألة عند تساوي الحقوق و عند تنازعها و تزاحمها .

الفرع الأول

عند تساوي الحقوق

و يقصد بذلك عندما تجتمع عقوبات على شخص واحد أو على عدة أشخاص وتكون متساوية من جهة الحق المعتبر فيها ، و لما كانت الحقوق قسمان ، قسم لله ﷻ

و قسم للعباد ، فإن هذا القسم له وجهان :

– **الوجه الأول** : حالة كون الحقوق من حقوق الله ﷻ ، ففيه حالتان :

– **الحالة الأولى** : حالة اجتماع تلك الحقوق و يكون فيها جريمة قتل ، مثل : أن تجتمع على شخص واحد عقوبة زنى مع إحصان و الذي هو الرجم ، و عقوبة سرقة و شرب خمر ، فعقوبة الجريمة الأولى القتل و الثانية قطع اليد و الثالثة الجلد .

فالذي عليه فقهاء المالكية و الحنفية ، أن القتل يأتي على ذلك كله ، بمعنى : يكفي بين تلك العقوبات الرجم و يسقط الباقي الذي هو القطع و الجلد[1].

و ذهب فقهاء الشافعية[2] مذهب الاستيفاء بالكل ، بمعنى : أنه لا يسقط القتل الحدود الباقية و إنما تستوفي جميعا ، فيبدأ بالأخف فالأخف .

---

[1] – ينظر : سحنون ، **المدونة** ، ج4 ص: 485 ، و ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ج9 ص: 176 ،و ينظر : ابن قدامة، **المغني** ، ج10 ص: 117 .

[2] – ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 241 .

و تعليل فقهاء المالكية و الحنفية ما يلي : أنه إنما شرعت الحدود التي هي من حقوق الله ﷻ خالصة ، لمقصد و هو الزجر ، فإن كان فيها قتل ، فأتم ما يكون من الزجر باستيفاء النفس ، فمع القتل لا حاجة إلى زجر الجاني ، فيكون الاستيفاء بما دونه اشتغال بما لا يفيد[1] .

إلا أنه في المسألة توضيح ، مفاده : أن الذي عليه فقهاء الحنفية ، إن كان بين تلك الحدود سرقة ، يقدم تضمين السرقة أولا ، باعتبار ذلك حقا من حقوق العباد ، و لأن الضمان قد وجب عليه بالأخذ ، و إنما يسقط القطع لأن القتل يأتي على ذلك كله[2] .

و أما فقهاء الشافعية فتعليلهم : أن ما وجب مع غير القتل وجب مع القتل ، مثل قطع اليد قصاصا اجتمع فيها القطع و القصاص[3] .

- **الحالة الثانية** : حالة اجتماع حقوق الله ﷻ و ليس فيها جريمة قتل ، مثل : أن تجتمع على شخص واحد زنى من غير إحصان ، و سرقة و شرب خمر .

فالذي عليه فقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة[4] أن الحدود كلها تقام ، فيجلد الجاني مائة جلدة ، و أربعون أو ثمانون جلدة لشرب الخمر ، و تقطع يده .

لكنهم اختلفوا من حيث التقديم و التأخير ، فأيهم يقدم من تلك الحدود و أيهم يؤخر؟

---

(1) – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج9 ص: 176 .

(2) – المصدر نفسه و الصفحة نفسها .

(3) – ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 241 .

(4) – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5 ص: 532 ، و ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 242 ،و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج10 ص: 117 .

أ- ففقهاء الشافعية سلكوا في ذلك مسلك الأخف فالأخف ، و تعليلهم في ذلك : أن مادام تلك الحقوق تساوت في الوجوب فإن هذا يستلزم تساويها في التقديم و التأخير ، فهي كلها حقوق الله ﷻ ، لكن موجب الرحمة استلزم الابتداء بالأخف فالأخف ، فيبدأ بحد الشرب لأنه أخف من الزنا و السرقة ، ثم الزنا لأنها أخف من السرقة ، وأخيرا السرقة[1].

ب- و أما فقهاء الحنفية ، فسلكوا في ذلك مسلك الترتيب بحسب ما ثبت نصا والتخيير فيما بينها ، فيبدأ بما ثبت بنص القرآن و يتخير في ذلك ، فلو زنى و سرق وشرب ، يتخير بين الزنا و السرقة لثبوتها بنص القرآن ، ثم حد الشرب ، لأنه ثابت بالسنة [2].

ج- و أما فقهاء المالكية ، فقد فرقوا بين العقوبات المتجانسة و غير المتجانسة ، فإن كانت متجانسة تداخلت ، مثل حد الشرب و حد الزنا ، فإن العقوبة فيها من جنس واحد ، فتتداخل و يضرب بأشدها و هو حد الزنا الذي هو جلد المائة ، فإن كانت غير متجانسة كمن سرق و زنى ، أقيم الحدان ، لعدم تداخلهما [3].

و إنما قال فقهاء الحنفية و الشافعية بعدم التداخل بين تلك العقوبات المتجانسة ، لأنها تعددت أسبابها فتعدد المسبب ، و قال فقهاء المالكية بالتداخل بالنسبة للعقوبات المتجانسة بناء على قاعدة و هي : أن **الحدين إذا تساويا في القدر و الصفة تداخلا** كالحدين سببهما واحد .

- **الوجه الثاني** : كون الحق ، حق آدمي ، ففيه حالتان :

---

[1] - ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 242.

[2] - ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ج5 ص: 533 .

[3] - ينظر : عليش ، **منح الجليل شرح مختصر خليل** ، ج9 ص: 333 .

– **الحالة الأولى** : عندما تجتمع هذه الحقوق مع جريمة القتل ، مثل : أن يقطع الجاني يدا و يفقأ عينا و يقتل بالنسبة للشخص الواحد .

فالذي عليه فقهاء المالكية أن القتل يأتي على ذلك كله [(1)].

و أما الذي عليه فقهاء الشافعية و الحنابلة أن الاستيفاء يكون بالكل ، و يبدأ بالأخف فالأخف على عادتهم في اجتماع العقوبات على شخص واحد[(2)] .

و تعليل فقهاء المالكية على ذلك : أن القصاص بذل للنفس ، فدخلت الأعضاء فيه تبعا للنفس كالدية ، و لما كان القصاص يجري فيه العفو ، فإنه إن عفا أولياء المقتول على دية أو غيرها ، فأهل الجراح على حقوقهم من القود في جراحهم [(3)].

و تعليل فقهاء الشافعية و الحنابلة في ذلك : أنها حقوق الآدميين أمكن استيفاؤها ، فوجب ذلك كسائر حقوقهم [(4)].

الحالة الثانية : عندما لا يكون مع هذه الحقوق جريمة قتل .

فالذي عليه الفقهاء أنها تستوفى كلها ، سواء كان من وقع عليه الاعتداء واحدا أو أكثر ، لأنها جنايات متعددة أمكن استيفاؤها ، فوجب القصاص لكل واحدة لتعدد الأسباب[(5)].

و لا بد من التنبيه لأمر ذكره الفقهاء في هذه المسألة ، و هو عند تعارض حقوق الآدميين عند التنفيذ ، مثل مسألة : إذا قطع الجاني اليد اليمنى لرجل و قطع اليد اليمنى

[(1)] – ينظر : المرجع السابق ، ج9 ص: 334 .

[(2)] – ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 241–242 ، و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج 10 ص: 117 .

[(3)] – ينظر : الباجي ، **المنتقى** ، ج9 ص: 110 .

[(4)] – ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 242 ، و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج 10 ص: 117 .

[(5)] – ينظر إلى المصادر نفسها .

لرجل آخر ، فإن موجب القصاص أن يستوفي كل واحد منهما حقه في قطع اليمنى للجاني ، لكنه تعذر ذلك لأنها واحدة ، ففي هذا الحال يقطع يمناه لأحدهما ، و يأخذ الآخر بالدية ، لأن القصاص تعذر لفوات المحل .

فإذا عفا أحدهما ، يبقى حق الآخر منهما قائما بالاستيفاء ، فلو قبل أحدهما الدية اقتص الثاني لإمكان اجتماع العقوبتين .

- ما يستفاد من هذا القسم :

يمكن أن يستفاد من هذا القسم ما يلي :

فيما يتعلق بالحقوق عند التساوي سواء كان الحق لله ﷻ أو للعباد و لم يوجد بينها قتل ، فإن الفقهاء متفقون على استيفاءها بالكل ، لكن بمسالك مختلفة :

1- ففقهاء الشافعية و الحنابلة سلكوا مسلك الأخذ بالأخف ثم الأخف .

2- فقهاء الحنفية سلكوا مسلك التخيير بينها في حالة ثبوت العقوبة بالنص القرآني ، وتأخير ما هو ثابت بالسنة كحد الشرب .

3- و أما فقهاء المالكية فسلكوا مسلك الجمع بين المتجانسات و التفريق بين ما هو خلاف ذلك .

و الملاحظ أن الفقهاء قد استعملوا هذه المسالك في موضع رجحوا فيه معنى العقوبة بعيدا عن العفو ، خاصة في حال تساوي حقوق الله ﷻ من أجناس مختلفة ، بخلاف إذا كانت من جنس واحد ، كمن سرقة مرارا أو زنا مرارا أو شرب مرارا ، فهذه بالاتفاق تتداخل ، لأنه يحصل معنى الزجر بواحد منها ، و يسقط الباقي .

لكن لا بد من التنبيه لأمرين :

- **الأمر الأول** : قد يتضمن حق الله ﷻ حقا للعبد ، كحال السرقة و حال القذف ، فالذي عليه فقهاء الحنفية أن أول ما يبتدئ به هو تضمين مال المسروق منه ، و تنفيذ حد القذف لما فيه من دفع المعرة عن المقذوف ، باعتبار أن حد القذف حق لله ﷻ عند فقهاء الحنفية .

- **الأمر الثاني** : و الذي يتعلق بحقوق العباد إذا تساوت ، فالمكلف يقع على التخيير فيها ، و يراعى فيها مصلحة العبد في دفع الضرر عنه و فيه توهم للعفو ، فقد يسقط العبد حقه .

الفرع الثاني

عند تنازع الحقوق و تزاحمها

و المقصود من ذلك ، عند اجتماع حقوق الله ﷻ مع حقوق العباد ، فيقع الفقيه بين ما هو ظاهر من النصوص في تقديم حقوق الله ﷻ على حقوق العباد ، و بين ما هو أصل عام في تقديم حقوق العباد على حقوق الله ﷻ .

و في هذا القسم تظهر فيه جليا مسألة الموازنة بين حقوق الله ﷻ التي لا تقبل العفو وبين حقوق العباد التي تقبل العفو ، و يتبين من خلالها مسالك الفقهاء في الموازنة بين الحقين.

و بحسب النظر إلى تفصيلات الفقهاء لهذه القسم ، و بحسب ما تقرر في الفروع الفقهية ، فإن لهذا القسم ثلاث حالات :

– **الحالة الأولى** : حالة اجتماع الحقين و فيها عقوبة القتل ، و ذلك مثل : اجتماع زنى مع إحصان و شرب خمر أو اجتماع قتل للردة أو القصاص مع القذف على قول من قال أنه حق للعبد .

فتبعا للأصل العام عند فقهاء الحنفية و المالكية أن القتل يأتي على ذلك كله ، لكنه في ذلك استثناء مفاده : أنه إذا اجتمع مع الحدود أو القصاص حد قذف ، فالذي عليه فقهاء الحنفية و المالكية تقديم حد القذف على جميع الحدود و على القصاص .

و علة ذلك : أنه من حقوق الآدميين أو هو مشوب بالحق الآدمي على رأي فقهاء الحنفية ، فهنا **يقدم حق العبد في الاستيفاء** على الحقوق الباقية كلها ، و ذلك لحاجة العبد للانتفاع بحقه ، و لما يلحق المقذوف من المعرة و العار عندما لا ينفذ الحد [1].

و أما فقهاء الشافعية ، فأبقوا عادتهم في ذلك و هي : استيفاء الجميع الأخف فالأخف لكنهم من حيث الترتيب ،فإنهم يقدمون حقوق العباد على حقوق الله ﷻ[2].

– **الحالة الثانية** : حالة اجتماع الحقين و ليس فيها عقوبة قتل ، فالذي استقر عليه الفقهاء هو استيفاء الجميع لتعدد الأسباب و بتعددها تتعدد المسببات .

لكنهم من حيث التقديم و التأخير ، فإنهم يقدمون حقوق العباد على حقوق الله ﷻ إتباعا للأصل العام في ذلك ، و لأنها **مبنية على الشح و الضيق** بخلاف حقوق الله ﷻ .

الحالة الثالثة : و ذلك في حالة اتفاق الحقين على محل واحد ، كاجتماع قتل الردة مع قتل القصاص ، أو اجتماع قطع السرقة مع قطع القصاص .

---

[1] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5ص: 533 ، و ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج8 ص:427 .

[2] – ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 242 ، و ينظر : السيوطي ، **الأشباه و النظائر** ص: 421 .

فالظاهر من الفروع الفقهية لفقهاء المالكية [1]، أنهم يقدمون حقوق الله ﷻ على حقوق العباد ، كما في مسألة اجتماع قطع السرقة مع القطع قي القصاص ، فيقدم الحد على القصاص .

و يرى فقهاء الشافعية و الحنابلة [2] في حالة اجتماع القتل قصاصا و القتل حدا ، كالرجم في الزنا و القصاص قدم القصاص ، و إذا اجتمع القتل في الحرابة مع القتل قصاصا ، بدئ بأسبقهما ، و ذلك باعتبار أن القتل في المحاربة فيه حق آدمي ، فتساوت الحقوق من هذه الجهة .

فإن كان القصاص أسبق و عفا ولي الدم ، فإن حد الحرابة لا يسقط .

- **ما يستفاد من هذا القسم** :

الملاحظ من خلال التفصيل الفقهي المتقدم في مسألة تنازع الحقوق ، أنه هناك اتفاق في موضع ، و اختلاف في موضع آخر .

1- فأما موضع الاتفاق ، فهو في حالة اجتماع الحقين و ليس فيها عقوبة قتل ، فالذي عليه الاتفاق بين الفقهاء أنه يقدم حق العباد على حق الله ﷻ ، و هذا فيه تقديم لما فيه معنى العفو باعتبار أن حقوق العباد يتوهم فيها العفو أو هي قابلة للعفو ، على ما فيه معنى العقوبة .

---

[1] – ينظر : سحنون ، **المدونة** ، ج4 ص: 549 .

[2] – ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج10 ص: 117 .

2- و موضع اتفاق آخر ، فيما إذا اجتمع مع الحدود و القصاص حد القذف ، فالظاهر أن الفقهاء متفقون على تقديم حد القذف الذي هو حق العبد على رأي فقهاء المالكية و الشافعية ، و مشوب بحق العبد على رأي فقهاء الحنفية .

و في ذلك تقديم لحق العبد على حق الله ﷻ ، و فيه تقديم لمعنى العفو و ذلك لاحتمال أن يعفو المقذوف عن القاذف عند فقهاء الشافعية ، و في حالة إن أراد سترا على نفسه عند فقهاء المالكية .

و أما موضع الاختلاف ففي حالتين :

- **الحالة الأولى** : إذا اجتمع مع الحقين قتل و ليس فيه حد القذف ، فقهاء المالكية والحنفية قدموا ما فيه يترجح معنى الزجر أو معنى العقوبة بقولهم على أن القتل يأتي على ذلك كله ، لكن في ذلك تفصيل مفاده :

أنه إذا كان القتل هو قتل قصاص ، ففي ذلك تقديم لمعنى العفو باعتبار أن القصاص حق للعبد ، بخلاف إن كان القتل حدا ، ففيه تقديم معنى العقوبة و ذلك باعتبار أن الحد لا يقبل العفو .

- **الحالة الثانية** : إذا كان التنازع الواقع بين الحقين في محل العقوبة كونها حدا أو قصاصا ، ففي ذلك مسلكان :

1- مسلك سلكه فقهاء المالكية بحسب ما هو ظاهر من أقوالهم ، أنه يقدم حق الله ﷻ على حق العبد ، و السبب في ذلك : أن الحدود لا تقبل العفو ، بخلاف القصاص ، فيقدم ما لا يقبل العفو على ما يقبل العفو ، حتى لا تعطل حدود الله ﷻ .

2- مسلك سلكه فقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة ، أنه يقدم حق العبد على حق الله ﷻ ، و السبب في ذلك : أن حقوق العباد فيها من المشاحة و المضايقة ما يرجح تعجيلها ، و أن **حقوق الله ﷻ مبنية على المسامحة** .

و الملاحظ أن فقهاء المالكية تمسكوا بما ما هو مقرر من ظواهر النصوص الدالة على أن أول ما يحاسب به العبد هي حقوق الله ﷻ ، من ذلك حديث ﴿ إن **أول ما يحاسب عليه العبد يوم القيامة من عمله الصلاة**﴾ [1]، أما فقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة ، فتمسكوا بما هو أصل عام في القضاء لحديث النبي ﷺ : ﴿ **أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء** ﴾ [2] .

و ليس بين الحديثين تعارض ، و إنما مخرج المسألة ، أن الحديث الأول يتعلق بحقوق الله ﷻ في بيان أولوية الحساب ، و الحديث الثاني يتعلق بحقوق العباد في بيان أولوية القضاء[3].

لكن إشكال المسألة في أيهم يقدم ؟

و كان جواب ابن عابدين أن ذلك أمر توقيفي ، و أن ظواهر النصوص دالة على أن الذي يقع أولا المحاسبة على حقوق الله ﷻ قبل حقوق العباد[4] .

---

[1] – أخرجه الترمذي في **الجامع** ، باب أن أول ما يحاسب به العبد يوم القيامة الصلاة ، رقم : 378 ، كتاب الصلاة .

[2] – أخرجه البخاري في **صحيحه** من حديث عبد الله كتاب الديات ، رقم : 6354 .

[3] – ينظر : الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج7 ص: 57 .

[4] – ينظر : ابن عابدين ، **رد المحتار** ، ج1 ص: 351 .

ففقهاء المالكية رجحوا الجانب الديني في المسألة ترجيحا للأصل العام التي قامت الأدلة على إثباته ، بخلاف فقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة ، فقد رجحوا الجانب القضائي ترجيحا لما هو أصل عام في باب القضاء ، فهو موضوع لتثبيت مصالح العباد و المحافظة عليها .

المطلب الثاني

مسلك التغليـــب

و الملاحظ أن هذا التغليب ، يكون من جهتين ، من جهة تغليب ما يتوهم فيه العفو حصوله لجواز وقوعه فيها ، و من جهة مبنى الحقوق .

الفرع الأول

التغليب من حيث توهم العفو

و يقصد من هذا الفرع ، أنه هناك من الحقوق ما يحتمل الإسقاط بالعفو ، و إن كانت هذه الحقوق في الأصل من حقوق الله ﷻ و ذلك عند موضعين:

1- عند **شبهة الاستحقاق** ، و قد عبر عليه الفقهاء بشبهة الملك أو شبهة الحق ، وذلك لتضمنها حقوق استحقها العباد شرعا .

فكان من عمل الفقيه أن يسقط أحد الحقين ، من حيث أن الشبهة تملك من القوة والضعف ما يغلب أحد الحقين على الآخر .

و هذا من المسالك الدقيقة التي سلكها الفقهاء في تغليب أحد الحقين على الآخر ، لأن معرفة قوة الشبهة و ضعفها يحتاج إلى تحقيق علة الضعف أو القوة فيها ، فأدى ذلك إلى حتمية الاختلاف بينهم .

فكان من نتائج ذلك أنه من أوصله التحقيق إلى قوة الشبهة ، غلب حق الله ﷻ ورجح معنى العقوبة ، فلا عفو و لا شفاعة ، و من أوصله التحقيق إلى ضعفها ، غلب حق العبد و رجح معنى العفو في ذلك .

و الاستحقاق يأتي على نوعين :

- **استحقاق على الخصوص** : و ذلك عندما يكون للعبد حق مشترك فيدرأ بسببه الحد لشبهة الحق أو شبهة الملك ، كالسارق الذي يسرق دارا له فيها شركة ، أو سرقة الضيف لمضيفه ، أو سرقة الأب لمال ولده[1] .

- **استحقاق على العموم** : و ذلك عندما يكون المال حقا عاما ، كمن يسرق بيت المال ففيها اختلاف بين الفقهاء .

فيرى فقهاء الحنفية و الحنابلة أن الشبهة في ذلك قوية [2]، و تحقيق ذلك : أن كل مسلم له حق فيه ، و ليس لبيت المال مالك متعين قياسا على من سرق مالا له فيه شركة ،و قد يتوهم السارق أن المسروق ملكه ، فاعملوا في ذلك قاعدة : **الخطأ في العفو أفضل شرعا**

---

[1] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص: 21-22 ، و ينظر : الباجي ، **المنتقى** ، ج9 ص:191 ، ، و ينظر : الشربيني ، **مغنى المحتاج** ، ج5 ص: 471 ، و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج10 ص: 281 .

[2] – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ،ج9 ص: 334 ، و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج10ص: 281 .

من الخطأ في العقوبة ، حيث أن تبرئة المجرم فعلا أحب إلى الله و رسوله من معاقبة البريء ، فيدرأ عنه الحد .

و يرى فقهاء المالكية أن الشبهة في ذلك ضعيفة ، و وجه ذلك : أن السارق أخذ مالا من حرز لا شبهة فيه في عينه ، و لا حق فيه قبل حاجته إليه ، فغلبوا حق الله ﷻ ، فلا يدرأ عنه الحد [1].

2- عند قوة الخصومة ، فقد رأى الفقهاء أنه هناك من الحدود التي هي من حقوق الله ﷻ فيها من حقوق العباد ، و ذلك يتجلى في حق الخصومة ، كما هو الحال في حد القذف خاصة .

فقد رأى فقهاء الشافعية[2] أن حق الخصومة فيه قوية ، بحيث غلبوا حق العبد فيه ، فأجازوا العفو عنه باعتباره حقا للعبد من جهة التغليب .

بخلاف ما هو عند فقهاء الحنفية [3]، فقد أقروا بأن فيه حق الخصومة ، لكن حق العبد في ذلك يقف عند تحريك الدعوى فقط ، و هذا لا ينافي إقامة حد الله ﷻ ، فلا يملك العبد حق العفو عن الحد .

لكن الملاحظ أن حق الخصومة في حد القذف له أثر كبير من حيث أنه يمس ما هو بمثابة النفس ، فكان اعتباره قويا جدا ، حتى أن جميع الفقهاء - عند اجتماع حد القذف

---

(1) — ينظر : النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، ج 2 ص: 217 .

(2) — ينظر : الهيتمي ، **تحفة المحتاج** ، ج9 ص: 153.

(3) — ينظر : الزيلعي ، **تبيين الحقائق** (دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة : 1313هـ)، ج3 ص: 203 .

مع القصاص أو حد من الحدود – يقدمون حد القذف على الحد و القصاص ، ترجيحا لحق العبد في دفع العار و المعرة عن نفسه .

بخلاف ما هو في حد السرقة ، فقد اختلف الفقهاء في حق الخصومة فيه .

ففقهاء المالكية يرون أن ذلك ليس بشرط ، و تعليل ذلك : أنه حد لله ﷻ لم يفتقر إلى حضور من له حق متعلق به ، أصل ذلك الزنا[1] .

و أما فقهاء الحنفية و الشافعية ، فيرون أن ذلك شرط ، فالسرقة عندهم لا تتحقق إلا بعد إثبات ملكية المال و تعليل ذلك : أن المال يباح بالإباحة و البذل ، فيحتمل أن مالكه أباحه أو وهبه للمتهم بالسرقة ، أو ربما كان شريكه في المال[2] .

فالظاهر أن الذي اشترط الخصومة في حد السرقة . رجح جانب محتمل و هو : أن الإنسان مندوب إليه شرعا العفو ، فيرغب فيما ندبه الشرع إليه ، فاعتبر ذلك .

الفرع الثاني

التغليب من حيث مبنى الحقوق

من جملة ما ذكره الفقهاء في قضية مباني الحقوق ما يلي :

1– أن **حقوق الله ﷻ مبنية على المسامحة** [3] ، و يقصدون بذلك : أن الله تعالى ليس يلحقه ضرر في شيء ، بخلاف حقوق العباد ، فإنهم يتضررون عند تخلف حقوقهم عنهم

---

[1] – ينظر : الباجي ، **المنتقى** ، ج9 ص: 235 .

[2] – ينظر : ابن عابدين ، **رد المحتار**، ج 4 ص: 107 ، و ينظر : الشافعي ، **الأم** ، ج7 ص: 151 .

[3] – ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ،ج 10 ص: 315 .

، فكان من فروع المسألة ، قبول الرجوع عن الإقرار بالزنا في إسقاط الحد .

2- أن حقوق الله تعالى لا تقبل الإسقاط عند الإثبات [1] ، و بالتالي لا يجوز الاعتياض عن إسقاطها و لا العفو عنها و لا الشفاعة فيها ، فلا يصح أن يصالح سارقا أو شاربا ولا شاهدا على أن لا يشهد عليه بحق لله أو للآدمي .

لكنها في الجملة تقبل الإسقاط ، و ذلك للأسباب التي اعتبرها الشارع مؤدية إلى ذلك تفضلا منه و رحمة و رفعا للحرج ، من ذلك : إسقاط العقوبات على المجنون وإسقاط الحرمة في تناول المحرم للضرورة .

3- أن **حقوق العباد مبنية على المضايقة و المشاحة** [2] ، بمعنى : أنهم يتضررون عند فقدانها و يقع عليهم من الحرج و الضيق و الشح ما يدفعهم إلى الإسراع في المطالبة بها .

فهذه المباني تعتبر من بين التعليلات التي أقيم عليها أمر تغليب حق على حق عند الفقهاء ، خاصة عند تنازع حقوق الله ﷻ مع حقوق العباد ، أو عند تضمين حقوق الله ﷻ لحقوق العباد ، باعتبار أن إقامة حقوق الله ﷻ فيها صيانة لحقوق العباد .

لكن الفقهاء اختلفوا في أمر التغليب من جهة تأسيس المسألة إلى فريقين :

أ- فريق غلب حق الله ﷻ على حق العبد ، تأسيسا على مجموع ظواهر النصوص التي تدل على أن حقوق الله ﷻ لا تقبل الإسقاط و لا العفو .

---

[1] – ينظر : العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج1 ص:141 .

[2] – ينظر : الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج8 ص:9 ، ينظر : البهوتي ، **كشف القناع** ، ج6 ص: 87 .

و وجه التغليب فيها : أن الحقوق التي لا تقبل الإسقاط ، فيها من حصول الصيانة ودفع الفساد عن العامة ما لا ليس فيه النيابة لعبد من العباد ، فغلب حق الله ﷻ من هذه الجهة .

فكان من فروع ذلك أن غلب الفقهاء حق الله ﷻ على حق العبد في حد السرقة وحد القذف ، لتضمنهما لحق العبد في رفع الدعوى و المطالبة بالحق ، لكن دفع فسادهما العام كان أرجح على حق المطالبة بالحق ، مثل حد الزنا و الشرب .

و ما ذكر سابقا كان عاما يحتاج إلى تفصيل ، خاصة في حد القذف ، و لكن على مذهب الحنفية ، فإن حد القذف قد غلب فيه حق الله ﷻ باعتبار أنه يتحقق به مقصد عام الذي هو : عدم الجرأة في انتهاك أعراض عامة الناس .

و هناك سبب آخر غلب فيه حق الله ﷻ على حق العبد ، كتغليب فقهاء المالكية حق الله ﷻ في حالة اجتماع عقوبتين على محل واحد و كان في ذلك حق للعبد ، كاجتماع القطع في السرقة مع القصاص . و السبب في ذلك : أن حقوق العباد يتوهم فيها العفو ، و حقوق الله ﷻ بخلاف ذلك ، فقدموا الذي ليس فيه العفو و هو قطع اليد حدا ، على ما يحتمل العفو و هو القطع قصاصا[1] .

ب- وفريق من الفقهاء من غلب حق العبد على حق الله ﷻ تأسيسا على أصل عام وهو : إنه إذا اجتمعت المصلحة الدنيوية مع الأخروية ، غلبت المصلحة الدنيوية في التقديم على المصلحة الأخروية ، لأن **حقوق العباد مبنية على المشاحة**[2] .

---

(1) – ينظر : الباجي ، **المنتقى** ، ج9 ص: 204 .

(2) – ينظر : الزركشي ، **البحر المحيط** ، ج4 ص: 481 .

فنجد من فروع المسألة : تغليب حق العبد على حق الله ﷻ في حد القذف عند فقهاء الشافعية [1].

و كان أمر التغليب عندهم مبني على التأسيس السابق ، حتى أضحى عند الفقهاء جميعا كأصل عام ، و اشتهر بينهم أنه : إذا **اجتمع حق الله ﷻ مع حق الآدمي غلب الثاني** كونه مبنيا على التضييق[2] .

[1] — ينظر :الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج3 ص: 487 .

[2] — ينظر : الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج8 ص: 9 ، و في حقيقة الأمر أن ذلك موجود عند جميع الفقهاء ، كالمالكية و الحنفية و الحنابلة ، كقضية تقديم تضمين الأموال في إقامة حد السرقة ، و تقديم حد القذف على الحدود الأخرى و على القصاص ، لما فيه من دفع العار و المعرة على العبد . ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ،، ج8ص: 584 ، و ينظر السرخسي ، **المبسوط** ،ج9ص:117 ، وينظر :ابن قدامة ، **المغني** ج10ص:315.

الفصل الثالث

أسس الموازنة من خلال اعتبار المصلحة



و يتضمن المباحث التالية :

- **المبحث الأول** : طبيعة المصالح .
- **المبحث الثاني** : المقصد العام من تشريع العقوبة و العفو.
- **المبحث الثالث** : معايير الموازنة بين مصلحة العقوبة و مصلحة العفو.

المبحث الأول

طبيعة المصالح

إن الموازنة بين العقوبة و العفو وفق هذا الاعتبار ، يقتضي معرفة طبيعة المصالح وحقيقتها في نفسها ، و ليس المقصود من هذا المطلب بيان مفهومها أو تعريفها ، فذلك أمر قد فصل فيه بين علماء الأصول خاصة ، و إنما المقصود هو : تأكيد تفاوتها في نفسها و أن ذلك أمر طبيعي فيها ، و الإشارة إلى قضية مهمة تتحقق به الموازنة أو ما يدعو إلى ضرورة الموازنة بينها ، و هي : أن **النفع أو الضرر فيها أمر نسبي** .

و هذا الأمر الأخير استدعى ضرورة ترتيبها وفق معايير موضوعية .

و ليس المقصود من هذا المبحث بيان هذه المعايير ، و إنما الهدف هو الإشارة إلى الفوائد العملية لهذا الترتيب .

المطلب الأول

التسليم بتفاوت المصالح

ليس المقصود من هذا الفرع بيان التفاوت في المرتبة أو النوع ، و إنما القصد هو التفاوت العام الذي يدخل ضمن خصائص المصالح و طبيعتها ، بمعنى : أن هذا التفاوت يقع من المسلمات التي لا يمكن ردها ، فلا بد من التسليم بالقول أن المصالح تتفاوت فيما بينها و تتفاضل في ذلك ، و هذا ما استقرت عليه الفطرة البشرية .

يقول العز بين عبد السلام : « تقديم الأصلح فالأصلح ، و درء الأفسد فالأفسد ، مركوز في طبائع العباد »[1] .

و ليس ذلك من طبائع البشر فحسب ، و إنما ذلك من عرف الشرع ، يقول ابن القيم : « و إن تزاحمت (المصالح) قدم أهمها و أجلها و إن فات أدناها ..و إن تزاحمت (المفاسد) عطل أعظمها فسادا بتحمل أدناها » ، فلما بين تفاوت المصالح و المفاسد ، أردف قوله على أن ذلك من الواضحات التي لا يمكن إنكارها في الشرع ، فقال : « وهذه الجملة لا يستريب فيها من له ذوق من الشريعة ، و ارتضاعها من ثديها ، وورود من صفو حوضها »[2].

فالمصالح و المفاسد ليست في درجة واحدة ، بل العاقل يرى أنها درجات مختلفة ، ومنها الراجح و المرجوح ، و قد لا يظهر الرجحان .

و مقابل ذلك ، أن المفاسد ليست كلها في درجة واحدة بل هي متفاوتة ، و قد لا يظهر التفاوت ، يقول العز بن عبد السلام : « و تقديم المصالح الراجحة على المصالح المرجوحة محمود حسن ، و درء المفاسد الراجحة على المفاسد المرجوحة محمود حسن ، اتفق الحكماء على ذلك و كذلك الشرائع »[3].

و هذا التفاوت ، قد يكون من جهة الآثار المترتبة من حيث قوتها و ضعفها ، و قد يكون بحسب العوارض التي تؤيد و تعضد آثارها ، أو العكس ، تبطلها[4] .

---

[1] – العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج1 ص: 5 .

[2] – ابن قيم الجوزية ، **مفتاح السعادة** (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1998م) ، ج2 ص: 340 .

[3] – ابن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج1 ص: 5 .

[4] – ينظر : طاهر ابن عاشور ، **مقاصد الشريعة** ، ص:76 .

فاستدعى الأمر كله إلى ضرورة الموازنة بينها من خلال معرفة التقديم و التأخير فيها ، و معرفة الغالب و المغلوب فيها ، و معرفة الراجح و المرجوح عند التساوي بينها .

المطلب الثاني

نسبية النفع و الضرر في المصالح

لا بد من تقرير حقيقة أقرها الشاطبي[1] ، في أن **المصالح من حيث النظر إلى انتفاع الجماعة بها نسبية تتنازع فيها المضار و المنافع** ، و إن كانت من حيث كلياتها و بناء تعليل الأحكام عليها قطعية ، و ذلك لأمرين :

– **الأمر الأول** : المضار و المنافع من حيث العموم إضافية و ليست حقيقية ، و معنى ذلك:أن المنافع و المضار تختلف من حال إلى حال ، و من شخص إلى آخر ، و من وقت إلى آخر .

فهناك كثير من المنافع قد تكون ضررا على جماعة ، أو تكون ضررا في وقت أو حال بينما قد لا يكون فيها ضررا على الأخرى .

– **الأمر الثاني** : أن الأغراض في الأمر الواحد تختلف ، فإذا انتفع بعض الناس و تحققت أغراضهم ، قد تكون في نفس الحال أو الوقت ضررا لآخرين لمخالفة أغراضهم .

و إنما تقرر ذكر هذين الأمرين للدلالة على حقيقتين :

[1] – ينظر : الشاطبي ، **الموافقات** ، ج2 ص: 30.

– **الأولى** : أن وضع أحكام التشريع لم يأت على وفق ما تشتهيه الأنفس ، و إنما وضعت على أصل عام وهو : مراعاة المصالح الشرعية مطلقا ، وافقت الأغراض أو خالفتها

– **الثانية** : أن أغراض الناس و غاياتهم ليست دائما موافقة أو ملائمة للمصالح التي قصدها المشرع ، و إنما يحمي المشرع من الأغراض و المنافع ما يكون متفقا مع المصلحة العامة و حماية الكليات التي قصدها التشريع ، و لذلك نجد الغزالي عندما يقرر أصل المصلحة كونها عبارة عن جلب منفعة أو دفع ضرر ، فإن ذلك من مقاصد الخلق ، و إنما المقصود من المصلحة هي ما جرت على مقصود الشارع[1] .

و القصد من بيان ما سبق ، هو التنبيه إلى أن الفقهاء عندما وازنوا بين مقدار الضرر والنفع ، ليس ذلك إتباعا للهوى أو التشهي ، و إنما وازنوا بينهما انطلاقا من مراعاة مقاصد الشرع .

المطلب الثالث

الفوائد العملية لترتيب المصالح

و هذا الفرع – في حقيقته — يعتبر نتيجة للفرعين السابقين باعتبارهما مقدمتين له ، ذلك لأن التسليم بتفاوت المصالح و تقرير نسبية الضرر و النفع فيها ، من شأنه أن يفتح باب

[1] – ينظر : الغزالي ، **المستصفى** ، ج1 ص: 636 .

الاختلاف في معرفة أولوياتها ، فاحتاج الأمر إلى ضابط علمي ، يبين أدنى المصالح وأعلاها في الاعتبار الشرعي .

فاتجه العلماء إلى السعي في ترتيب المصالح بحسب الأهمية و الفائدة الشرعية ، و بحسب الضرر و خطورة مفاسدها ، و بذلك تعطى كل مصلحة مكانتها من الحفظ ، و كل مفسدة مكانها من الدرء .

و قد يبدي البعض رأيا في عدم فائدة ذلك ، على أن محاولة العلماء ضبط المصالح و ما يقابلها من المفاسد ، و التفصيل في ذلك ، و ترتيبها بحسب الأهمية و القوة ، و السعي على الترجيح بينها ، و توزيع الأحكام الشرعية على مراتبها ، فيه طغيان للجانب النظري على الجانب العملي ، و إنما ذلك مجرد تفلسف في مقاصد التشريع من غير فائدة.

لكن في حقيقة الأمر ، فإن لترتيب المصالح فوائد عملية تؤكدها التطبيقات الفقهية الكثيرة التي سوف تتأكد من خلال المطالب اللاحقة .

فمن الفوائد العلمية لترتيب المصالح ما يلي[1] :

1- ضبط و تحديد القواعد العامة المشهورة التي تبنى عليها المصالح ، حتى لا تفهم على إطلاقها ، و منها :

أ - قاعدة « **درء المفاسد مقدم على جلب المصالح** » فهذه القاعدة ليست على إطلاقها ،

[1] – ينظر : الريسوني ، **نظرية التقريب و التغليب** ، ط1 (دار الكلمة ، مصر : 1997) ، ص: 321 .

و إنما يعمل بها عند تعادل المصالح مع المفاسد ، أو عند المفسدة الغالبة على المصلحة ، و لا يمكن معرفة ذلك إلا من خلال معرفة مراتب هذه المصالح .

ب – قاعدة « **الضرورات تبيح المحظورات** » ، فترتيب المصالح من شأنه أن يتعين له معرفة الضروري من غير الضروري ، و ما هو الضروري الذي تباح عنده المحظورات .

ج – قاعدة « **الحاجة تنزل منزلة الضرورة** » و الحاجات تختلف فيها الأنظار ، فكان لزاما معرفة مراتب الحاجات في نفسها ، و ما هي التي تنزل منزلة الضروري .

2- تسهيل عملية الموازنة بين المصالح ، باعتبار أن الترتيب مبني على مراعاة معايير معينة موضوعية و دقيقة ، يتحدد من خلالها معرفة المصلحة الغالبة من المغلوبة ، والراجحة من المرجوحة ، و ما هو المقدم فيها و المؤخر .

المبحث الثاني

المقصد العام من تشريع العقوبة و العفو

يتضمن هذا المبحث البحث عن ما قصده الشارع الحكيم من تشريع العقوبة و من تشريع العفو ، انطلاقا من بيان الأصول الثابتة التي أعطى لها الشارع الأولوية في حفظها من العدم .

المطلب الأول

حفظ المصالح الكلية

و المصالح التي اعتبرها الشارع من تشريع العقاب تدخل من ضمن مقصد عام و هو : حفظ نظام الأمة و استدامة صلاحها ، و لا يكون ذلك إلا من خلال صلاح العباد .

فشرع الشارع ما يخدم هذا المقصد العام ، و كان الاهتمام ينصب على تصرفات الآدميين التي تخالف الأحكام الشرعية عن طريق العصيان أو ترك الواجب الشرعي .

فجاءت العقوبات تحسم ذلك زجرا و جبرا لكل من سولت له نفسه التعدي على حدود الله عز وجل ، و أن كل أمر فيه ضرر يعود على هذا المقصد العام بالفوات أو الإتلاف بحيث يؤثر على نظامه العام و يعرضه للخلل ، يكون دفعه واجبا ، و بمقدار هذا الضرر و دفع الفساد تكون قوة الدفع .

هذا من ناحية النظر العام ، لكن من ناحية التطبيق العملي و الذي يمثل في وضع العقوبات و تشريعها و حصرها و وضع أحكامها ، فإن الذي استقر عليه العلماء من خلال الاستقراء التام لموارد الشريعة التي تتعلق بهذا الباب ، أن المقصد العام يتمثل في حفظ الكليات الخمس[1] .

و حفظ هذه الكليات ، كان الغرض منه حفظ مصالح العباد أفرادا و جماعات من العدم ، لأن بها تستقيم أمور الخلق و تستمر بها سعادتهم .

لكن تبين أن المعتبر في هذه الكليات هو : الصالح العام ، و لذلك جاءت عبارات الفقهاء أن الحدود هي **حقوق الله ﷻ لا تقبل النيابة** و لا الإسقاط ، باعتبارها أنها شرعت لدفع فساد عام يعم جميع الأمة .

و لذلك ، فإن الحدود كان المعتبر فيها الكليات دون الجزئيات ، فهي أضعف شأنا في الاعتبار ، و هذا مبني على أساسين :

– **الأساس الأول** : لاحظ العلماء أن الشارع الحكيم اعتنى بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات[2] ، ولما كان التعدي على الكليات يعرضها للعدم ، لم يسامح في الإقدام على المنهيات ، و إن كان في ذلك فوات مصلحة العبد الخاصة .

– **الأساس الثاني** : أن الشارع الحكيم نظر إلى أهمية العقوبة من جهتين :

– جهة أن الجاني الذي اعتدى على هذه الكليات ، اعتدى على الأمة بأكملها .

---

[1] – ينظر : ابن أمير الحاج ، **التقرير و التحبير في علم الأصول** ، ج3 ص: 191 .

[2] – ينظر : علي حيدر ، **درر الحكام** ، ج1 ص: 37.

– جهة أن الامتناع عن إنزال العقوبة على الجاني ، فيه تعريض الجميع للأذى[1] .

و لذلك أجمع العلماء أن الحدود التي شرعت للمحافظة على الكليات الخمس ، لا تقبل الإسقاط و لا يجوز فيها العفو و الشفاعة أو الصلح عليها ، لأن فيها من الحقوق التي لا تختص بأحد بل منفعتها لمطلق المسلمين ، و هي الأولى في الاعتبار إن كان ينازعها حق للعبد ، ، و يقول في ذلك الطاهر ابن عاشور : « إن حفظ هذه الكليات معناه حفظها بالنسبة لآحاد الأمة و بالنسبة لعموم الأمة أولى »[2] .

المطلب الثاني

أقسام المصالح الكلية

حصر علماء الأصول هذه الكليات في خمس[3] ، تندرج ضمن قسمين :

– قسم اعتنى به الشارع حتى صار أصلا مقصودا ، سموه بالضروريات .

– قسم اعتنى به الشارع الحكيم ، لكن من جهة ما يخدم هذه الضروريات ، و سموه بقسم الحاجيات و التحسينيات .

الفرع الأول

قسم الضروريات

و هو القسم التي تنحصر فيه الكليات الخمس ، و هو الأولى في الاعتبار خاصة عند التعارض أو عند تنازع حقوق الله ﷻ مع حقوق العباد .

---

[1] – ينظر : أبو زهرة ، **العقوبة** ، ص: 7.

[2] – الطاهر ابن عاشور ، **مقاصد الشريعة** ، ص:80 .

[3] – ينظر : الغزالي ، **المستصفى** ، ج1 ص:636 .

و قد عرفها الطاهر بن عاشور بقوله : « هي التي تكون الأمة بمجموعها و آحادها في ضرورة إلى تحصيلها ، بحيث لا يستقيم النظام باختلالها ، بحيث إذا انخرمت تؤول حالة الأمة إلى فساد و تلاش .

و لست أعني باختلال نظام الأمة هلاكها و اضمحلالها ، لأن هذا قد سلمت منه أعرق الأمم في الوثنية و الهمجية ، و لكن أعني به أن يصير أحوال الأمة شبيهة بأحوال الأنعام ، بحيث لا تكون على الحالة التي أرادها الشارع منها »[1].

و المقصود من هذا القسم هو : حفظ ما تقام به الحياة البشرية الطيبة التي تتحقق به السعادة العامة تعم جميع الناس ، فلذلك ليس لأحد من العباد الحق في التصرف المطلق فيها باعتبارها حقا خاصا له ، أو أن له التخيير في ذلك ، و إنما هي تتعلق بمجموع ما ينفع الناس ، أو بما يسمى بالنفع العام .

و حفظ هذه الضروريات يكون من جهتين :

1- مراعاتها من جانب الوجود ، كان القصد منه إقامة الأركان و تثبيت القواعد .

2- مراعاتها من جانب العدم ، كان القصد منه درء الاختلال الذي لا تستقيم به الحياة.

و الذي يخدم الموضوع هي الجهة الثانية ، لأن لأجلها شرعت العقوبات سواء كانت حدودا أو قصاصا .

و قد حصر علماء الشريعة هذه الضروريات في خمس ، مرتبة كالتالي :

أ- حفظ الدين

---

(1) – الطاهر ابن عاشور ، **مقاصد الشريعة** ، ص: 76.

ب- حفظ النفس

ج- حفظ العقل

د- حفظ النسل و العرض

هـ- حفظ المال .

1- فحفظ الدين الذي هو في المقام الأول ، هو حفظ كل ما يفسد اعتقاد الفرد من الكفر و الردة ، و إن كان هذا معتبرا ، إلا أنه يدخل في عموم الأمة في حفظ أركانها .

فشرعت لذلك عقوبة القتل بالنسبة للمرتد ، و إن كان فيها تفويت لنفس بإعدام الجاني ، إلا أن فيه حفظ نظام الأمة بأكمله ، و ذلك لما في الارتداد من ذرائع إدخال الخلل في عقول عامة الناس ، فيورث ذلك اضطرابا في الاعتقاد و شكوكا تعرض الناس إلى الفوضى ، ينتج عنه استهتار بالمعتقدات و استهزاء بالنظام العام الذي يحتكم بأحكام الشريعة[1] .

2- و حفظ النفس في المقام الثاني ، يمثل في حفظ نفس كل فرد من التلف سواء كان قتلا أو جرحا ، لكن الغالب في ذلك حفظ العالم كله ، فشرع الله ﷻ القصاص ، رغم ما فيه من إتلاف نفس ، إلا أن هذا الإتلاف فيه حياة الناس جميعا .

و من جهة ، فإن المقصود من ذلك هو حفظ عموم الأمة ، و إن كان لكل عبد الحق

في التصرف في نفسه ، فإن هذا مقيد بالوضع الكلي للأحكام ، و معنى ذلك : أنه لا يجوز لأي إنسان قتل نفسه بحجة أنه يمتلك قراراته في ذلك أو على أنه حق خاص له ، لما

---

[1] – ينظر : يوسف حامد العالم ، **المقاصد العامة للشريعة الإسلامية** ، ط3 (دار الحديث ، القاهرة : 1997 م) ص:262 .

في ذلك من تعميم فكرة الاستهتار بالنفوس و عدم إعطائها الحرمة و انتشار ذلك بين الناس ، فيغيب عن عامتهم فكرة أن النفس مالكها هو الله ﷻ .

3- و من دقائق المسألة ، أن الجاني إذا طلب منه دفع الدية لقتله نفسا ، فإنه ليس له أن يأبى ، بل يجبر على ذلك إن كان مليا ، لأنه في قتل نفسه ليترك ماله لغيره مضار[1] .

و حفظ العقل ، بمعنى حفظه من كل ما يفسده و يفضي به إلى الخلل باعتباره مناط التكليف ، تقوم عليه صحة التصرفات الشرعية ، و ينضبط به التصرف الإنساني .

و من آثاره ما يفسد عامة الناس من جهة أن دواعيه قوية ، و لذلك حرم الله ﷻ الخمر و بين حكمه تدريجيا ، فاختلاله يؤدي إلى مفسدة عظمى[2].

4- و بحفظ النسب يحفظ النسل ، فشرع الله ﷻ عقوبة مائة جلة بالنسبة للزاني غير المحصن ، و شرع عقوبة أشد منها و هي الرجم بالنسبة للزاني المحصن .

و السبب في ذلك : أن المزاحمة في الأبضاع تفضي إلى اختلاط الأنساب و إلى انقطاع التعهد بالآباء ، و تعطيل النسل الذي يؤول إلى اضمحلال النوع الإنساني و انتقاصه[3] .

فكان بهذا الاعتبار يعادل حفظ النفس .

---

[1] – و هي رواية عن أشهب ، ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج8ص:295 .

[2] – ينظر : الزركشي ، **البحر المحيط** ، ج4 ص: 189 .

[3] – ينظر : ابن أمير الحاج ، **التقرير و التحبير**، ج3 ص: 191 ، و ينظر : طاهر بن عاشور ، **مقاصد الشريعة** ص:80 .

5- و حفظ الأموال من الضياع و الاختلاس و السرقة و الإتلاف ، باعتبار أن قوام الحياة بها ، من جهة النصرة و تسهيل أمور العيش ، و بها يكتسب الإنسان رفعة بين قومه في القيام بالضيف و النصرة عند الضرورة .

فأقام الشارع الحكيم حفظها بأمرين :

- **أحدهما** : وجوب الضمان على من اعتدى عليه .

- **ثانيهما** : تشريع عقوبة شديدة و هي : قطع يد السارق[1] .

و من جملة ما ذكر مع هذه الكليات ، حفظ العرض ، و قد اعتبره بعض العلماء على أنه أدنى الكليات[2] ، و بعضهم زاده على الكليات الخمس [3] .

و قد ذكر العلماء على أن حصر هذه الكليات في خمس ، إنما كان ثابتا من جهة النظر إلى الواقع و عادات الملل و الشرائع ، و بالاستقراء لأحكام التشريع[4] .

الفرع الثاني

ما يخدم الضروريات

و هو القسم الذي يدخل ضمن ما يخدم الكليات السابقة و التي هي من الضروريات ، و قد قسمه العلماء إلى قسمين :

---

[1] - ينظر : الزركشي ، **البحر المحيط** ، ج4 ص: 188 .

[2] - ينظر : ابن النجار ، **شرح الكوكب المنير** ، تحقيق : محمد الزحيلي و نزيه حماد ، ط2 (مكتبة العبيكان : 1997 م) ، ج4 ص:163 .

[3] - ينظر : ابن أمير الحاج ، **التقرير و التحبير**، ج3 ص: 191 .

[4] - المصدر نفسه و الصفحة نفسها .

أ- **قسم الحاجيات** : و هو ليس بمنزلة الضروري ، و إنما تفتقر إليه العباد من حيث أنه به ترفع المشقة و يحصل من التوسعة ما ييسر أمور الحياة ، و فقدانها ليس فيه تأثير على عامة الناس ، و لا يحصل من الفساد المتوقع بما يحصل عند فقدان الضروريات[1] .

و لذلك ، فإن فوات المصالح الحاجية لا يعرض الكليات السابقة إلى الفساد ، بل تبقي هذه الأصول الخمسة محفوظة ، لكنه لا يحصل لها الكمال في حفظها إلا إذا اعتبرت هذه الحاجيات .

ولما كان حفظ العرض في أدنى المراتب الضرورية ، فإن بعض العلماء جعل حفظه من الحاجيات[2] ، باعتبار أنه يمكن أن ينكف الناس عن الأذى بأسهل طرقه الذي هو الكلام ، و هذا منطق سليم لمن اعتبر حد القذف من حقوق العباد .

ب- **قسم التحسينيات** : و هو قسم دون الحاجي ، و إنما يكمله حتى يحصل للمرء من تيسير الحال ، ما يحقق به سعادته و يستكمل به مروءته ، و يستأمن به كلياته الضرورية ، مثل اتخاذ الوسائل الوقائية التي تحد من الجريمة كجريمة السرقة ، كالإنفاق في سبيل الله و أداء الزكاة و إقامة الشهادة على الأموال و الكتابة ، حتى تحفظ الأموال من السرقة و الاختلاس

المطلب الثالث

مصلحة العقوبة

إن مراعاة مصالح العباد ، أمر قد ثبت طلبه في الشريعة الإسلامية بدلالة قطعية من الشرع ، تضافرت النصوص عليها ، و من جملة ذلك ما قصده الشارع من تشريع العقاب

---

(1) – ينظر :الطاهر بن عاشور ، **مقاصد الشريعة** ، ص:80 .

(2) – المصدر نفسه ، ص:79 .

، فقد تبين للعلماء من خلال النصوص الكثيرة أن الفساد ممنوع بحكم الشرع فشرعت العقوبات لدفع ذلك، و كان القصد من ذلك تحصيل المصالح الضرورية في المقام الأول ، فشرعت العقوبات لتحفظ ذلك من العدم .

و هذا ظاهر في الحدود و القصاص ، فقد شرعت لحفظ ما قصد الشارع بحفظه من الأمور التي تقام بها حياة الناس كلها ، بحيث إذا انخرمت و ضاعت و استهين بها ، عم الفساد و صعب أمر العيش في هذه الدنيا ، مع أن الله ﷻ أقامها لسعادة الناس .

وشرعت عقوبات التعازير لحصول الكمال الذي قصده الشارع من تشريع العقاب والمتمثل في الكف عن المعاصي و بعث معاني الطاعة في قلوب الناس .

والبحث عن المصلحة المقصودة من العقوبة أمر ذو فروع كثيرة ، إلا أن الفقهاء اهتدوا إلى ما يضبط ذلك من خلال بيان المقصد الأصلي لها .

الفرع الأول

المقصد الأصلي للعقوبة

والأمر الذي استقر عليه الفقهاء ، أن المقصد الأصلي للعقوبة هو الزجر[1] ، و ليس التعذيب ، فالعقاب في الفقه الإسلامي ليس مقصودا لذاته و إنما هو وسيلة لتحقيق هذا المعنى .

[1] – ينظر :ابن عابدين ، **رد المحتار** ، ج4 ص:3 ،و ينظر : العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج1 ص:162 ، و ينظر : القرافي ، **الفروق** ، ج3 ص:133 ، و ينظر : النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، ج2 ص:202 .

و لذلك ، فالحدود و القصاص و التعازير زواجر ، لأنها شرعت زجرا عن المعصية ، وزجرا لمن يقدم بعد ذلك على المعصية .

و معنى الزجر : أن تمنع العقوبة كل من سولت له نفسه اقتراف الجرم ، أو ارتكابه مستقبلا .

و لها مقصد تبعي الذي هو : الطهارة من الذنب ، عبر عن ذلك بالجوابر ، و معنى ذلك : أن العقوبة لو نفذت في الدنيا ، فإن ذلك وقاية من العذاب في الآخرة .

و قد ذهب العلامة الطاهر ابن عاشور[1] إلى أن المقصد من تشريع العقاب في العموم – سواء كان قصاصا أو حدا أو تعزيرا – ثلاثة أمور :

- **الأول ، التأديب** : فالعقوبات إنما كان القصد منها إصلاح أفراد الأمة ، فبها يزول الخبث الذي بعث الجاني إلى الجناية ، و يتحقق ذلك في الحدود خاصة ، فجاءت عقوباتها شديدة حتى يتحقق انزجار الناس بها .

و الظاهر أن هذا المعنى يتحقق في التعازير أكثر منه في الحدود ، باعتبارها أنها جعلت للاستصلاح و تأديب الجاني ، لأنه ليس مقصود منه التلف .

- **الثاني ، إرضاء المجني عليه** : و هذا ظاهر في القصاص ، من حيث امتلاك أولياء الدم حق الاستيفاء و القود ، مراعاة لطبع النفس التي امتلأت حقنا و غيظا ، فيسري فيها حب الانتقام ، و قد يقع في ذلك من الإسراف ما يفوت عدالة العقوبة ، فكان القصاص.

و هذا المعنى أعظم في الاعتبار في نظر الشريعة الإسلامية من معنى تأديب الجاني .

---

[1] – طاهر بن عاشور ، **مقاصد الشريعة الإسلامية** ، ص:205 .

- **الثالث** ، **زجر المقتدي** : و ذلك لأن تحقق العقاب على الجناة ، يورث يأسا من أهل الفسوق و من سولت له نفسه الجريمة من الإقدام على الجريمة ، و هذا معنى قد أشار إليه الشارع الحكيم في قوله تعالى : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ (النور:2).

و هذه المعاني – في العموم – قد قصدها الشارع من تشريع العقاب ، لكن الأصل العام في ذلك إنما هو الزجر كما تقرر عند العلماء الأوائل .

و لما كان المقصد الأصلي من العقوبة الزجر ، فالظاهر أن ذلك يتحقق بأمرين :

- **أحدهما** : الإيلام ، و ذلك عند تنفيذ العقوبة عند الإثبات .

- **ثانيهما** : مجرد رجوع الجاني عن الجرم و الكف عنه .

فالحدود تقام عند الإثبات ، و هذا يحتم إنزال العقاب على المجرم حتى يكون عبرة لغيره فيمتنع المجرم من تنفيذ جرمه ، لشدة الإيلام ، و لذلك قال العلماء أن المقصود من الحدود الإيقاع .

و أما في القصاص ، فإن الزجر يتحقق بمجرد امتلاك أولياء الدم حق الاستيفاء ، فإن علم الجاني أن مصيره عند أولياء الدم الذي قتل قتيلهم ، ارتدع عن جرمه .

و هذا ما يحقق معنى الحياة التي أرادها الشارع الحكيم من تنفيذ القصاص .

و لما كان أمر العقوبات الزاجرة منوطا بدفع المفاسد ، قسم العلماء[1] الزجر إلى نوعين:

---

[1] – ينظر : العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج1ص :157 .

– **أحداها** : ما كان زجرا عن مفسدة ملابسة ، تندفع باندفاعها ، مثل : قتل تارك الصلاة حثا عليها ، فإن أتى بها و تاب عن ذلك ترك ، و ضرب الصبيان على ترك الصلاة ، فإن أدوها تركوا ، و زجر البغاة خرجوا عن النظام ، فإن رجعوا إلى الطاعة كف عن قتالهم ، و حبس الممتنعين من أداء الحقوق إلى أن يبذلوها .

– **ثانيها** : ما كان زجرا عن مفسدة ماضية منصرمة ، فعقوباتها لا تسقط إلا بالاستيفاء ،و يكون ذلك بطريقين :

– **إحداها** : ما فيه حق يتعلق بصاحبه ، فيجب فيه إعلام صاحب الحق ، و ذلك حتى يستوفي حقه أو يعفو عنه ، مثل القصاص في النفوس و الأطراف و حد القذف .

– **ثانيها** : ما ليس فيه حق لأحد ، و إنما يدخل من باب الأولى الستر و الإخفاء ، مثل جرائم الزنا و الخمر و السرقة .

الفرع الثاني

مبنى المقصد الأصلي للعقوبة

و الزواجر و الجوابر مبنيان على قاعدة : درء المفاسد و جلب المصالح ، قال العز ابن عبد السلام : « الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح ، و الزواجر مشروعة لدرء المفاسد »[1].

[1] – العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج1 ص:162 .

و لذلك فإن العقوبة في حد ذاتها هي مصلحة ، من جهة اعتبارها أذى شرع لدفع المفاسد ، و دفع المفسدة مصلحة ، و كما قال العلماء أن الأصل في كثرة العقاب و قلته أن يتبع ذلك المصلحة بالفعل[1] .

لكن الملاحظ أن العقوبة فيها مفسدة من جهة و مصلحة من جهة أخرى .

فكونها مصلحة فقد أشرنا إلى ذلك .

لكن كونها مفسدة ، فذلك بالنسبة إلى طبيعة الجرم و إلى الجزاء المقابل لها ، فالزنا فاحشة تضر بما تقام به الحياة الذي هو النسل ، فكان مقابل ذلك جزاء يفسد بدن

الجاني ، و الأظهر من ذلك عقوبة السرقة ، التي هي قطع عضو من أعضاء الجسم لا يرجع أبدا.

لكن هذه مفاسد كان من شأن الشارع عدم اعتبارها و الالتفات إليها ، لعظم جرمها من جهة و مفاسدها التي تلحق الضرر بما هو ضروري للناس ، فقدمت المصلحة في إقامة العقوبة على مفسدتها .

ثم إن المقرر في التشريع أن المصالح الجماعية ذات النفع العام و التي روعيت في الحدود خاصة ، أنها نسبية إضافية و ليست حقيقية و ذلك بالنظر إلى الفعل بمفرده ، لكن في كلياتها قطعية .

و هذه الخاصية التي تتمثل في النسبية ، جعلت بين المصالح و المضار تنازع ، من حيث كون الفعل الواحد يجمع بين النفع و الضرر .

---

[1] – ينظر : القرافي ، **الفروق** ، ج2 ص: 137 .

و المقرر أنه عند تنازع النفع و الضرر ، يقدم العمل الذي يكون أكثر نفعا على غيره ، و قد يقدم الضرر القليل على الضرر الكثير ، لأن **دفع المضار مقدم على جلب المصالح ،** ودفع المضار في حد ذاته مصلحة .

فمثلا قطع يد السارق إفساد لها ، لكن من شأنه أن يزجر كل من فكر في أخذ أموال الناس التي هي قوام حياتهم ، فقدمت مصلحة حفظ الأموال على مفسدة قطع اليد .

و قتل الجاني مفسدة بتفويت حياته ، وهو زاجر لها من حفظ الناس على العموم وتحقق معنى الحياة لهم .

وهتك الأعراض مفسدة ، لكنه يجوز إقامة الشهادة على الزاني و القاذف ، حتى تحفظ حقوق الله ﷻ من الضياع ، و تسلم أعراض الناس من الانتهاك .

ثم إن قاعدة **تفاوت العقوبات بتفاوت المفاسد ،** لا يمكن تعميمها على العقوبات الشرعية فيمكن للشارع الحكيم أن يساوي بين العقوبات مع تفاوت مفاسدها .

و لذلك ، فإن مفسدة العقوبات الزاجرة و مصالحها في الحدود و القصاص، لا يمكن أن تدرك مجردة عن القواعد العامة لتشريع العقوبات .

و قد ترك الشارع بعض العقوبات بحسب ما يراه أولياء الأمر ، منضبطة بآراء المجتهدين تقوم على مراعاة الأصلح للجاني ، و هو ظاهر في التعازير .

و لا بد الإشارة أن المفاسد في العقوبات لا يمكن أن تؤخذ مجردة عما يقترن بها من أمور أخرى قد يستعجل الذهن في معرفتها ، كمفسدة الخمر ، فيقول قائل أن مفسدتها ترجع إلى السكر و تشويش العقل .

فالأخذ بذلك ، قد يقوي نظرة من يرى أن قليل الخمر حلال ، لأنه لا يوثر سكرا ولا يفسد منطقا ، و هذا مخالف للمشروع .

و إنما حرمت الخمر لمفسدة التجرؤ على شرب الكثير من ذلك .

و الملاحظ أن الزواجر لا تتعلق بالوازع الطبيعي ، فمن شأن ذلك أن يكون كافيا في المنع ، فمن طبيعة البشر عدم شرب البول أو أكل الغائط ، و إن كان في ذلك من المفاسد ما يعرض النفس للهلاك ، فقد جعل الله ﷻ من طباع الخلق النفرة من هذه القاذورات فاكتفى بهذا الوازع .

و إنما تتعلق الزواجر بالوازع الديني ، فشرع الحد فيه ، كما هو الحال في الزنا والسرقة و شرب الخمر و القتل ، و ذلك لأن الطباع تميل إلى ما يدعو إلى ذلك ، وتزداد شدة ذلك بحسب شدة رغبة النفس إليه ، فكان من الشارع أن يسد ذرائع الزنا و السرقة و القتل ، و غلظ في العقوبة تغليظا يورث شدة البعد عن هذه الجرائم .

ثم إن مفاسد الزنا و السرقة و شرب الخمر أشد ضررا من مفاسد شرب البول و أكل الغائط ، ذلك لأن الضرر في هذه القاذورات مختصة بصاحبها ، بخلاف جرائم الزنا والسرقة و شرب الخمر ، فإن مفاسدها عامة و ضررها أشد من ذلك[1] .

المطلب الرابع

مصلحة العفو

مما تقرر سابقا أن الشارع ندب إلى العفو مقابل عدالة العقوبة و رغب في ذلك ، يتجلى ذلك في القصاص خاصة ، و رغب فيما يدل عليه كالمسارعة إلى التوبة والتحبيب

---

[1] – ينظر : ابن قيم الجوزية ، **إعلام الموقعين عن رب العالمين** ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد (مكتبة الكليات الأزهرية ، مصر ، القاهرة : 1968م) ، ج2 ص: 103 .

إلى الستر و ترك الشهادة فيها ترجيحا لجانب الستر ، يتضح ذلك في الحدود قبل الرفع إلى الإمام .

و لعل في تشريع العفو مقابل العقوبة مصلحة عظيمة الشأن ، تتجلى في : جبر مفسدة العقوبة التي قد يكون في تطبيقها انخرام مصلحة أخرى هي من جملة المقاصد التحسينية التي تتحسن بها أحوال الناس ، و قد تقدم ذكر جزء من ذلك في الباب الثاني في الفصل الأول في المبحث الثاني .

و لقد جاء العفو تطبيقا لقاعدة التيسير و التخفيف ، و لذلك قال علماء التفسير في قوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٌ ﴾ (البقرة:178) ، أنه كان في بني إسرائيل القصاص فقط و لم يشرع فيهم العفو الذي هو الدية على قول ابن عباس ، وشرع لهذه الأمة الأمران من باب التخفيف و التيسير[1] .

و لقد جرى بعض العلماء[2] على ترجيح التخيير بين القصاص و الدية بناء على أن مسلك الشرع هو التخيير و التيسير و رفع المشقة ، و هذه من مقاصد العفو .

فمن جملة معاني العفو، التيسير و التسهيل و ترك الاستقصاء[3]، و هذا اعتمادا على أن الشارع يميل إلى التخفيف و رفع المشقة على الناس و تيسير أمورهم ، قال تعالى : ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمۡۚ وَخُلِقَ ٱلۡإِنسَٰنُ ضَعِيفًا ﴾ (النساء :28) .

---

(1) – ينظر : القرطبي ، **جامع الأحكام** ، ج2 ص: 201 .

(2) – ينظر : الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج7 ص: 11.

(3) – ينظر : الجصاص ، **أحكام القرآن** ، ج3 ص: 59 .

و قد أشار الفقهاء إلى قاعدة **المشقة تجلب التيسير** في باب العفو عن النجاسات ، إلا أن لديها و فيها ما يستدعيها في باب الجنايات ، و ذلك لما في العفو عن الجنايات من تحقق هذه المعاني .

و قد ندب الشارع إلى الستر و التوبة إشارة إلى العفو ، لما فيه من ستر الفواحش والسوء ، فقد تميل الطباع السيئة إلى سماع جنس هذه الأخبار ، و قد يقل الحياء في عموم الناس ، و لذلك قال الشافعي : « و نحن نحب لمن أصاب الحد أن يستتر و أن يتقي الله ﷻ و لا يعود لمعصية الله ، فإن الله ﷻ يقبل التوبة عن عباده» [1] .

و لعل من دقائق المسألة ، أن فقهاء المالكية قالوا بجواز العفو بعد وصول الإمام إن قصد منه المقذوف الستر على نفسه و لم يقصد إلا ذلك ، بخلاف إن قصد الشفقة أو جبر خاطر من شفع عنده ، فلا يسقط الحد بهذا القصد[2] .

و الظاهر في قول الفقهاء بجواز العفو في السرقة و العفو قبل وصول الإمام ، مبني على قاعدة عامة دفعت الفقهاء إلى التفصيل في معرفة و مراعاة حال المجرم ، و هذا تفصيل قد استقر عليه ، تطبيقا لعرف الشرع تمثلت في أن **الشارع يأبى معاقبة الصالح التائب** ، لأن قبل وصول الأمر للإمام فيه مظنة التوبة .

فقد فصل الفقهاء في هذه الحالة بين المعروف بالشر و المعروف بالصلاح ، و هو ظاهر في جميع العقوبات ، سواء كانت حدودا أو قصاصا أو تعزيرا ، من أجل الخلوص إلى ما هو الأصلح للجاني هل العفو أم العقوبة ؟ .

---

[1] – الشافعي ، **الأم** ، ج6 ص:138 .

[2] – ينظر : عليش ، **منح الجليل** ، ج9 ص:290 ، و ينظر : الدسوقي،**حاشية الدسوقي** ، ج4 ص:332 .

فإن كان من أهل الفجور ، فإن العفو عنه سيكون فيه مفسدة عظيمة ، و ذلك للذرائع التي ستنجر عن ذلك ، كالجرأة على الفسوق و الفجور و على أهل الصلاح و لذلك قال إبراهيم النخعي في تفسير قوله ﷻ:﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ ٱلۡبَغۡيُ هُمۡ يَنتَصِرُونَ ﴾

(الشورى :39) قال : «يكره للمومنين أن يذلوا أنفسهم ، فيجترئ عليهم الفساق»[1].

فجاءت الحدود قاطعة للعفو ، لأن في شروط العقوبة في الحد دلالة على أن العقوبة لا تكون إلا عند المجاهرة بالسوء ، فيحصل للناظر أن الذي يأتي تلك الموبقات لا يكون إلا مجاهرا يريد الفساد في الأرض ، فلا شفاعة و لا عفو لمن كان حاله ذلك ، بخلاف من ستر عيبه و كتم فجوره .

ثم إن العفو لا يجوز في الحدود ، لأنه يتعلق بها النفع العام ، بمعنى : أن مفسدة العقوبة قد عمت الجميع و ليس المجني عليه فقط ، سواء كان سرقة أو زنا أو شرب خمر .

و إن كان من أهل الصلاح ، فقد رغب الشارع في العفو ، فقد يكون ذلك فلتة أو زلة يرغب صاحبها في التوبة و المغفرة ، و لأن الزلل لا يسلم منه أحد ، فإن كان من صغيرة فالمعذرة أولى ، لأن النفوس بمختلف أطوارها و أخلاقها لا تسلم منها ، فكان الوجد فيها مطرحا و العتب فيها مستقبحا ، و إن كانت كبيرة فقد يهفو بها خاطئا ، ويزل بها ساهيا ، فالحرج فيها مرفوع ، و العتب عنها موضوع .

فالعفو هنا أفضل لتحقق مصلحة الزجر ، و كما أشرنا سابقا ، أن الزجر قد يتحقق بمجرد التوبة و الرجوع ، فكان القصد من الآيات التي أردفت العفو مع العقوبة هو العفو

[1] – نقلا من : القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج16 ص: 29 .

عن أهل الصلاح ، قال تعالى :﴿ وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ ﴾ (البقرة:237)، وقال أيضا : ﴿ وَلۡيَعۡفُواْ وَلۡيَصۡفَحُوٓاْۗ أَلَا تُحِبُّونَ أَن يَغۡفِرَ ٱللَّهُ لَكُمۡۗ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٌ ﴾ (النور:22) .

و لذلك ، فإن القصد الذي دفع الفقهاء إلى التفصيل في حال الذي اقترف الجرم ، والوصول إلى معرفة الأصلح له (العفو أم العقوبة) ، مبني على تحقق المقصد الأصلي للعقوبة .

فالعفو عن الصالح يتحقق به مقصد الشارع من تحقق الزجر ، فمن شأن الصالح التوبة و السرعة إلى طلب الغفران و عدم العودة إلى الجرم ، و العفو عن صاحب الشر قد يزيد من جرأته على الظلم و الفحش ،و يزيد من طمع أهل الأهواء و الشهوات، فلا يتحقق مقصود الشارع ، فيكون الإيلام أسرع إلى زجره و الكف عن ظلمه .

و الظاهر مما تقدم ، أنه قد يكون في العفو تحقيق لمقصد الشرع الذي هو الزجر ، و قد تحفظ به مصالح العباد كما أشرنا في جواز العفو عن القاذف لمصلحة العبد في الستر .

وينتج من ذلك : أنه قد يتحقق المقصد الأصلي في تطبيق العقوبة كما أنه قد يتحقق بالعفو ، وهذا إنما يدل على أن الشارع الحكيم لم يرد من العقوبة ذاتها و إنما أراد تحقق معناها ، و هذا إنما دل عليه مشروعية العفو و الندب إليه و استحسان الفقهاء له ، تحقيقا لمقصد التخفيف عن العباد و تيسير أمورهم و تحقيق مصالحهم ، رفعا لمشقة قد تصيبهم .

المبحث الثالث

معايير الموازنة بين مصلحة العقوبة ومصلحة العفو

و يتناول هذا المبحث المعايير الموضوعية التي وضعها العلماء في الموازنة بين المصالح والمفاسد عامة ، و ليس فيه ذكر جميع المعايير و إنما كان التركيز على ما يخدم موضوع الموازنة بين العقوبة و العفو من خلال اعتبار المصلحة فيهما ، و حصرناها في : الحكم والرتبة و في النوع و من حيث العموم و الخصوص .

و ترتيب المعايير كان وفق ما يقتضيه الترجيح بين المصالح ، فإنه إذا تعارضت المصالح مع نفسها ، أول ما ينظر إلى الحكم الشرعي فيها ، فإن لم يكن ينظر إلى رتبة هذه المصالح ، فإن لم يكن ينظر إلى نوع هذه المصالح ، فإن لم يكن ، ينظر إليها من حيث عمومها و خصوصها .

المطلب الأول

المعيار الأول : الحكم الشرعي

لهذا المعيار قاعدة عامة استقر عليها العلماء فأصبحت في رتبة الثابت بالنسبة لعلاقة المصالح و المفاسد بالأحكام الشرعية ، و هي اعتبار جهة الغالب في مقاصد الأحكام الشرعية .

فالغالب في الشريعة أن أوامر الشرع تتبع المصالح الخالصة أو الراجحة ، و نواهيه تتبع المفاسد الخالصة أو الراجحة[1] .

فالحكم الشرعي ينطوي على جلب مصلحة أو درء مفسدة ، و على رتبة الحكم تتنزل رتب المصلحة و المفسدة ، فهناك تلازما رتيبا بين الأحكام الشرعية من جهة و بين ما تعلق به من المصالح و المفاسد ، فإن ترتيب علماء القواعد الفقهية الأحكام التكليفية من الواجب إلى الحرام ، إنما كان قائما على قدر المصلحة و المفسدة [2] .

و من القواعد العامة الثابتة التي تقررت عند العلماء عند تعارض الأحكام :

1- **إذا تعارض الواجب مع المندوب قدم الواجب على المندوب .**

2- **إذا تعارض الحرام مع المكروه قدم الحرام على المكروه .**

فإذا تعارضت المصالح في نفسها ، قدم ما حكمها واجب على ما حكمها مندوب ، و إذا تعارضت المفاسد في نفسها ، قدم ما حكمها محرم على ما حكمها مكروه .

لكن يحصل أن يترجح الحكم الواحد في نفسه ، كتعارض الواجب مع الواجب ، أو تعارض المحرم مع المحرم .

و من ذلك إذا تعارض واجبان أحدهما عيني و الآخر كفائي ، فيقدم الواجب العيني على الواجب الكفائي .

---

(1) – ينظر : القرافي ، **الفروق** ، ج2 ص: 132 .

(2) – ينظر : الزركشي ، **المنثور** ، ج1 ص:338 ، و ينظر : القرافي ، **الفروق**، ج2 ص:132 .

و كان حاصل ذلك ، ما يتعلق بتقديم حقوق الله ﷻ باعتبار أنها من الواجبات العينية على حقوق العباد باعتبار أنها من الواجبات الكفائية ، أو بتقديم ما يترجح فيه معنى العقوبة على ما يحتمل العفو و ذلك بالنسبة للأحكام التي تتعلق بالعقوبة .

و هذه وجهة أخرى لمن غلب حقوق الله ﷻ على حقوق العباد في التقديم و التأخير .

لكن ، ما تقدم يمثل في الحقيقة القاعدة العامة ، و عند تطبيق هذه القاعدة على بعض المسائل التي تتعلق بالمصالح و المفاسد ، نجد أن هناك ما يخالفها ، مثل مسألة ترك الواجب أمام المندوب .

- دفع الضرر بترك الواجب و تقديم المندوب :

باعتبار أن العقاب هو من قبيل الواجب الذي تتحقق معه عدالة التشريع ، فقد دل

على أن المعهود من التشريع ترك الواجب إذا كان ذلك طريقا لدفع الضرر[1] ، و إن كان الأصل تقديم الواجب ، فإذا أمكن تحصيل الواجب أو ترك المحرم مع دفع الضرر، فلا يتعين ترك الواجب و لا فعل المحرم .

و قد تحققت هذه القاعدة في كثير من أبواب الفقه الخاصة بالجنايات و إثبات العقوبة فيها .

و من ذلك ما تقرر في الفروع الفقهية : أن أداء الشهادة هي باب أداء الواجب باعتبار أنها حسبة في أداء حق الله ﷻ ، لكنها قد يلحق بذلك ضرر يخالف مقصود الشارع ، كما هو الحال في الزنا ، فإن إقامة الشهادة على التائب الذي تحقق صلاحه و استبانت

---

[1] – ينظر : القرافي ، **الفروق** ، ج2 ص:132 .

توبته ، قد لا يحقق المقصد الأصلي الذي هو الزجر ، و قد يكون ذلك ذريعة لإفشاء ستر المؤمنين ، فنجد الفقهاء أحبوا الستر و استحسنوه و هو من جملة ما يدخل في باب العفو

و لذلك مال الفقهاء إلى الندب المتمثل في الستر على إقامة الشهادة التي من قبيل الواجب .

و هذا من دقائق المسائل الفقهية التي دفعت بعض الفقهاء بالقول بتقادم الشهادة وسقوطها ، لأنه قد يكون في ذلك عداوة دفعت الشاهد إلى الإشهاد ، كما هو مقرر عند فقهاء الحنفية[1] .

و قد سئل مالك على من عفا عن حد القذف ، ثم أراد إقامة العقوبة ، فإن ليس له ذلك ، و إنما الاعتبار بعفوه[2] .

– و من ذلك : الشفاعة فهي ترك واجب ، لكن تجوز عند لحوق الضرر على المسلم ، قبل وصوله أمره إلى الحاكم أو الشرط .

فالشفاعة إنما شرعت لما فيها من إغاثة المسلم و دفع الضرر عنه ،دون حد و لا حق لازم ، و إنما تكون في الذنب و المعصية التي يمكن فيها العفو ، و قد شفع الله ﷻ في مسطح لما حلف أبو بكر الصديق أن لا ينفق عليه ، فقال تعالى : ﴿ وَلَا يَأۡتَلِ أُوْلُواْ ٱلۡفَضۡلِ مِنكُمۡ وَٱلسَّعَةِ ﴾ (النور : 22).

---

(1) – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج9 ص:202 .

(2) – ينظر : سحنون ، **المدونة** ، ج4 ص: 488.

المطلب الثاني

المعيار الثاني : رتبة المصالح و المفاسد

تبين سابقا أن المصالح الشرعية مرتبة بترتيب استقر عليه العلماء بحسب أهميتها بحسب الاعتبار الشرعي لها ، و هي : مرتبة الضروريات ثم مرتبة الحاجيات ثم مرتبة التحسينيات.

فأعلى رتبة فيها الضروريات ، و هي أكبر شأنا و أعظم في الاعتبار الشرعي من رتبة الحاجيات و التحسينيات ، لأن بفقدانها يحصل للعباد ما هو غير مقصود من الشرع من اختلال نظام الحياة كله و كثرة التهارج [1] .

و يليها رتبة الحاجيات ، لأن بفقدانها يحصل للعباد ما لا يحصل بفقدان الضروريات ، و إنما عليهم من الضيق و العسر ما يجعلهم يعيشون في حرج شديد .

و تليها رتبة التحسينيات ، فهي من الكماليات ، بحيث يحصل بفقدانها أن تصبح حياة العباد غير مستحسنة عند ذوي العقول السليمة و الذوق الرفيع .

و كما أن المصالح تتفاوت رتبتها ، فكذلك المفاسد تتفاوت رتبتها ، فأشدها خطرا المفاسد التي تتعلق بالضروريات ، و هي التي تهدد الكليات الخمس .

ثم تليها المفاسد المتعلقة بالحاجيات ، باعتبارها أقل ضررا من الضروريات ، ثم تليها

المفاسد المتعلقة بالتحسينيات ، و هي أقل شأنا في الاعتبار بالنسبة للضروريات

---

[1] – ينظر : ابن النجار ، **شرح الكوكب المنير** ، ج4 ص:159 .

والحاجيات[1] .

ثم إن المفاسد تتفاوت في نفسها إن كانت في رتبة متفاوتة ، فإذا حدث تعارض بين مفسدتين من رتبتين مختلفتين ، و قد تعذر درؤهما معا ، و كان لا بد من درء أحدهما ، قدمت درء مفسدة الضروري على ما دونها ، فتدرأ المفسدة التي هي من رتبة الضروري بارتكاب المفسدة التي من رتبة الحاجي أو التحسيني ، و هكذا مع الحاجي والتحسيني[2].

و جامع ما سبق : أنه إذا اجتمعت المصالح المحضة و كان التعارض بينها ظاهر ، وتعذر تحصيلها ، طبق على ذلك قاعدة **الأخذ بالأصلح فالأصلح**[3] .

و إذا اجتمعت المفاسد و تعذر درؤها جميعا ، طبق على ذلك قاعدة **درأ الأفسد فالأفسد**[4] .

و هذه القواعد ، قد طبقها الفقهاء في العقوبات عند الإثبات خاصة فيما يتعلق بدرء المفاسد ، بحيث كانوا يرجحون ما يحتمل العفو على ما فيه معنى العقوبة ، و فروع المسألة كثيرة منها :

1- من أكره على شرب الخمر أو غص و لم يجد ما يذهب غصته إلا شرب الخمر ، فإنه في هذه الحالة يشرب الخمر ، باعتبار أن **حفظ الضروري** (**و هو حفظ النفس**) **أعظم في نظر الشارع من رعاية المحرمات** ، و هذا من جملة ترجيح جانب العفو على العقوبة .

---

[1] - ينظر : العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج5 ص: 7 وما بعدها .

[2] – ينظر :ابن النجار ، **شرح الكوكب المنير** ،ج4 ص: 444.

[3] – ينظر : العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج1 ص: 53.

[4] – المصدر نفسه و الصفحة نفسها .

2- أكل مال الغير عند الاضطرار ، فلو اضطر شخص لأكل مال الغير فأكله ، فلا شيء عليه ، باعتبار **فوات النفس أعظم جرما من إتلاف مال الغير ببدل** .

و هذا باعتبار أن رعاية المحرمات و ضمان الأموال ، من الأحكام التي تكتمل بها الضروريات ، لأنها في حقيقتها من الحاجيات ، باعتبار أنه يوجد في الحاجي ما يكمل الضروري[1] .

لكن ، هناك من الفروع الفقهية ما يدل على أن الفقهاء قد قدموا الحاجيات على الضروريات مخالفة للقاعدة العامة السابقة في الترجيح بين المصالح و المفاسد في الرتبة .

و قد استعمل الفقهاء في هذه المسائل طريقة الموازنة بين العقوبة و العفو ، فقدموا ما يدل على العفو أو يحتمله ، على ما يدل على العقوبة ، بطريقة تقديم الحاجي على الضروري .

و يتجلى هذا الأمر في تقديم حد القذف على الحدود الأخرى و القصاص ، و ذلك عند اجتماعها ، و هذا قد تقرر عند جميع الفقهاء[2] ، باعتبار أن حد القذف هو من الحاجيات ، و بعيدا عن الخلاف الأصولي في اعتبار حد القذف من الضروري أو من الحاجي .

فهذه من المسائل التي يمكن أن تورث ارتباكا للناظر في الوهلة الأولى ، من غير ربط القواعد بفروع المسألة و تفصيلاتها .

---

(1) – ينظر : العطار ، **حاشية العطار على شرح الجلال المحلي** (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1999م) ، ج2 ص: 323 .

(2) – ينظر تفصيل ذلك : المبحث الثاني من هذا الفصل.

و تحقيق الأمر : أن هذا التقديم في حقيقته ليس مخالفا للقاعدة العامة التي ذكرت آنفا في تعارض المصالح و المفاسد في الرتبة ، و ذلك لأمرين :

- **أحدها** : أن ذلك كان تطبيقا لقاعدة أخرى و هي **تقديم حقوق العباد على حقوق الله ﷻ عند الاستيفاء** ، باعتبارها أنها مبنية على المضايقة و المشاحة .

- **ثانيها** : أن ذلك كان مراعاة للجانب القضائي من غير إسقاط للجانب الديني الذي هو التمكين للعقوبة ، فإن صاحب حد القذف إذا عفا عن القاذف ، فليس له الحق في إسقاط العقوبات الأخرى الباقية بالعفو .

المطلب الثالث

المعيار الثالث : النوع

الذي عليه الاتفاق بين العلماء أن الكليات الخمس المحصورة في رتبة الضروريات ، مرتبة ترتيبا مبنيا على درجة اهتمام الشارع به و في تحصيله ، و إن كان هناك اختلاف من جهة التقديم و التأخير .

فالمعلوم أن الكليات الخمس هي : حفظ الدين و النفس و العقل و النسل و المال ، لكن اختلف العلماء في أيهم يقدم على الآخر ؟

فريق قدم حفظ الدين على الأربعة الأخرى ، و تعليله في ذلك : أن الدين في حقيقة الأمر – هو الأصل يتفرع من حفظه حفظ الأنواع الأربعة كلها ، فبحفظ الدين تحفظ النفس و يحفظ المال و يحفظ العقل و يحفظ النسل ، فهو المقصود الأعظم من قوله

ﷻ :﴿ وَمَا خَلَقۡتُ ٱلۡجِنَّ وَٱلۡإِنسَ إِلَّا لِيَعۡبُدُونِ ﴾ (الذاريات:56) ، و غيره مقصود لأجله[1].

و فريق آخر قال بتقديم الأربعة على حفظ الدين ، و تعليلهم في ذلك : أن الأنواع الأربعة من غير الدين تندرج من ضمن حقوق العباد ، و هي مبنية على المضايقة والمشاحة فيلزم تقديمها لأنهم بفقدانها يتضررون ، بخلاف حفظ الدين فإنه من المقاصد

المبنية على مراعاة حقوق الله ﷻ و هي **مبنية على المسامحة** ، و هو سبحانه و تعالى لا يتضرر بذلك ، فهو غني عن عباده[2] .

فالفريق الأول ، قدم حقوق الله ﷻ على حقوق العباد ، باعتبار أن حفظ الدين أعظم المقاصد في التشريع ، و به تحفظ الكليات الباقية الأخرى ، فكان من فروع المسألة أن رجح فقهاء المالكية تقديم القطع حدا على القطع قصاصا .

فقدموا حفظ الدين على حفظ النفس ، و فيه تقديم ما لا يسقط بالعفو على ما يسقط بالعفو .

بخلاف الفريق الثاني ، فقد قدموا حفظ النفس أو المال على حفظ الدين ، كتقديم فقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة قتل القصاص على قتل الردة في حالة الاجتماع ، وفيه تقديم ما فيه العفو على ما ليس فيه العفو .

---

[1] — ينظر : ابن النجار ، **شرح الكوكب المنير** ، ج4 ص:727، و ينظر : ابن الأمير الحاج ، **التقرير و التحبير** ، ج3 ص: 307 .

[2] — ينظر : ابن النجار ، **شرح الكوكب المنير** ، ج4 ص: 728.

لكن الظاهر مما كتب في هذا الموضوع من العلماء القدامى ، أنهم كانوا يذكرون هذه الكليات من غير ترتيب ، ثم يرتبها المحقق كما هو حاصل في كتاب الموافقات ، فقد ذكرها الشاطبي من غير ترتيب ، لكن محققوه ذيلوها بالترتيب على أن ذلك هو الأمر المتفق عليه بين العلماء [1] .

و بعض العلماء القدامى ذكروا ذلك بالترتيب [2].

و عموم ما استقر عليه العلماء أن أعلى مراتب هذه الكليات هو حفظ الدين ، و هي الأولى بالاعتبار عند التعارض مع الأنواع الأربعة الباقية ، ثم حفظ النفس ، ثم حفظ

العقل ثم حفظ النسل ثم حفظ المال ، و هو ما ذكره الأستاذ الدكتور الريسوني في كتابه نظرية التغليب ، و إن كان هناك اختلاف بين تقديم حفظ النسل على حفظ العقل أو العكس [3] .

هذا الأمر في المصالح ، و هو نفسه في المفاسد ، باعتبار أن المفاسد تتفاوت بحسب الكلي الذي تتعلق به ، فأشدها مفسدة على العباد مفسدة الدين ثم مفسدة النفس

وهكذا مثل المصالح .

فإن وجد تعارض بين مفسدة الدين و مفسدة النفس ، فإنه ترتكب مفسدة النفس لدرء مفسدة الدين ، و ترتكب مفسدة العقل لدرء مفسدة النفس ، و ترتكب مفسدة

---

(1) – ينظر : الشاطبي ، **الموافقات** ، ج2 ص: 8

(2) – ينظر : ابن أمير الحاج ، **التقرير و التحبير** ، ج3 ص:307 ، وينظر : الآمدي ، **الإحكام** ،ج3 ص:300 .

(3) – ينظر :الريسوني، **نظرية التقريب و التغليب** ، ط1 (دار الكلمة ، مصر : 1997 م) ، ص:350 .

النسل لدرء مفسدة العقل ، و ترتكب مفسدة المال لدرء مفسدة النسل .

المطلب الرابع

المعيار الرابع : العموم و الخصوص

المعلوم عند عامة الناس ، أن الخير الأكثر و الأوفر قدرا هو أولى من الضرر اليسير في الاعتبار ، فكان مما تقرر في عقول الناس و استقرت عليه ، أن **المصلحة العامة هي أكبر قدرا و أولى في الاعتبار من المصلحة الخاصة** ، فيكون تقديمها أمرا بديهيا .

و هذا ما يتطابق مع الشرع و يقره ، فإن كان تعارض بين مصلحتين ، أحدهما عامة والأخرى خاصة ، فإنه ترجح المصلحة الأكثر نفعا و الأعم على المصلحة الخاصة ، ولذلك يقول العز بين عبد السلام : « اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر و أكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصة »[1] ، و قوله : « **المصلحة العامة كالضرورة الخاصة** »[2].

فالمصلحة كلما كان مقدارها أكبر و أعم كانت الأولى بالجلب ، يقول الطاهر بن عاشور : « و يحق للعالم أن يغوص برأيه في تتبع المصالح الخفية ، فإنه يجد معظمها مراعى فيه النفع العام للأمة و الجماعة و لنظام العالم » [3].

---

[1] – العز بين عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج2 ص: 75 .

[2] – نفس المصدر السابق و الصفحة نفسها .

[3] – الطاهر بن عاشور ، **مقاصد الشريعة الإسلامية** ، ص: 64 .

والأمر نفسه بالنسبة للمفاسد ، فإنه لو تعارضت مفسدتان ، أحداها عامة و الأخرى خاصة ، فإنه يرجح درء المفسدة ذات الضرر العام بارتكاب المفسدة ذات الضرر الخاص إعمالا لقواعد منها :

1- **يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام** [1].

2- **إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما**[2] .

فهذه قواعد عامة للترجيح بين مصلحتين أو مفسدتين من جهة العموم و الخصوص ، و هذه المعيار من بين أهم المعايير التي بينها الشرع في الموازنة بين العقوبة و العفو .

و بيان ذلك : أن الشرع أقام الحدود على النفع العام ، فإن في إقامتها نفعا يعم جميع الناس ، و أهمل في مقابلها النفع الخاص ، فلم يعط اعتبارا لشخصية الجاني فيها ، و إنما أعطى الأولوية في لاعتبار المصلحة العامة فيها .

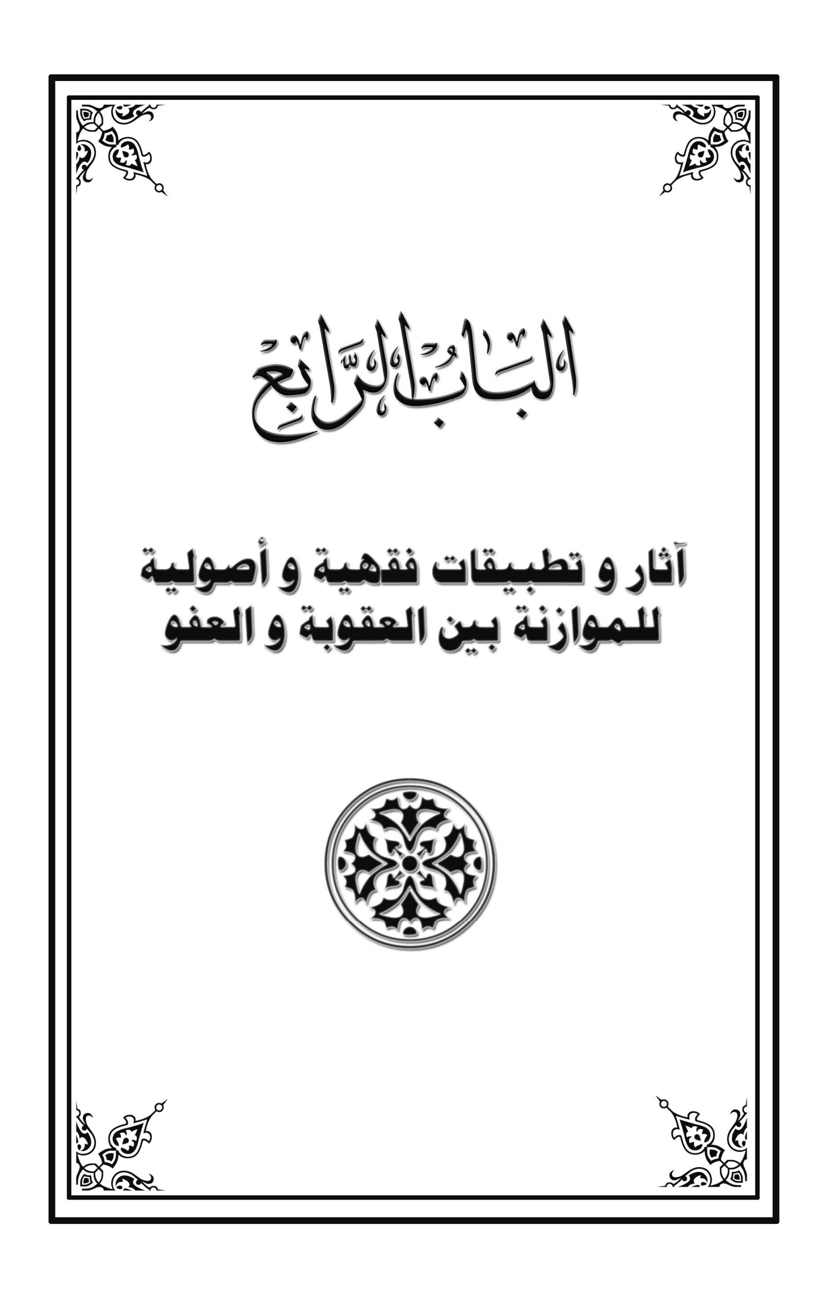
فحصل من ذلك ، أن اعتبرت الحدود حقوقا لله ﷻ حتى يقف عندها كل من سولت له نفسه تعديها أو تعطيل تنفيذها من الرعية و الحاكم ، لأنه لا يجوز فيها العفو و لا الشفاعة و لا الصلح عليها بمال .

بينما أجاز الشارع الحكيم العفو لأولياء الدم في عقوبة القصاص و ندب إليه ، ترجيحا للمصلحة العامة ، لأن في إقامته حياة للناس ، و من جهة اعتبر مصلحة خاصة و هي : إعطاء حق العفو لأولياء الدم .

---

[1] – ينظر : الحموي ، **غمز عيون البصائرشرح كتاب الأشباه و النظائر لابن نجيم** (دار الكتب العلمية ، بيروت: 1985م) ، ج1 ص: 281 .

[2] – ينظر : السيوطي ، **الأشباه و النظائر**، ص:117 .



الباب الرابع

آثار و تطبيقات فقهية و أصولية للموازنة بين العقوبة و العفو

الفصل الأول

الآثار و التطبيقات الفقهية



و يتضمن المبحثين التاليين :
- **المبحث الأول:** ضبط إثبات العقوبة.
- **المبحث الثاني :** ضبط موانع العقوبة .

المبحث الأول

ضبط إثبات العقوبة

و يتناول هذا المبحث ما يتعلق ببناء أحكام العقوبة و يفصل به الأقضية من البينات وما هو في مقامها ، و ما يدخل في أحكام السياسة الشرعية في بيان أحوال الجناة عند الافتقار إلى البينات ، و ليس المقصود التفصيل في ذلك و إنما ذكر ما يخدم الموضوع من خلال ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : ضرورة فقه أحوال الجناة

المطلب الثالث : ضبط مراحل الإثبات .

المطلب الثالث : ضبط طوارئ الإثبات .

المطلب الأول

ضرورة فقه أحوال الجناة

ويتناول هذا المطلب ما يفتقر إلى السياسة الشرعية التي يقوى فيها الاجتهاد و النظر بالنسبة للحاكم أو ما ينوبه في تطبيق العقوبات ، خاصة في المواضع التي تتنازع فيها الحقوق و تتباين فيها المصالح ، و يقتضي البحث في الفروع التالية :

- الأسباب التي يفتقر إليها إلى الحاكم .
- ضرورة إعمال فقه أحوال الجناة .
- قواعد عامة للعمل بفقه أحوال الجناة .
- تطبيقات .

الفرع الأول

الأسباب التي يفتقر إليها إلى الحاكم

لما كان أمر الإثبات في حقيقته يتعلق بقيام الحجاج على ثبوت أسباب العقوبة عند الحاكم ، كان من اللازم ذكر الأسباب التي يفتقر إليها إلى الحاكم ، و ذلك لأن ثبوت الحكم عنده يسقط العفو ، باعتبار أن الحكم الصادر عنه هو إنشاء إلزام[1] .

فإذا ثبت حكم العقوبة عنده كان من اللازم تنفيذها من غير مراعاة لأحوال الجناة أو النظر إلى ما يدعو إلى العفو ، خاصة إذا تعلق الأمر بالعقوبات المقدرة أو الصور الثابتة بطريق الشرع كالقتل للقصاص و القطع للسرقة ، فيتعين على الحاكم في هذه الصور التنفيذ و لا يجوز له إنشاء حكم من جهته[2] .

فإن كان للحاكم ريبة سأل الخصم ليتعين دفعها ، فإذا انتفت كان من اللازم عليه تنفيذ الحكم على الفور من غير النظر إلى عفو ، باعتبار أن أحد الخصمين ظالم و إزالة الظلم واجبة على الفور[3] .

لكن قد توجد أسباب تفتقر إلى النظر و إلى الاجتهاد من طرف الحاكم لتحرير موضع العقوبة أو دفعها بالعفو أو بدواعيه ، و قد حصرها القرافي في ثلاثة أسباب :

– **السبب الأول** : إذا كان الحكم يحتاج إلى نظر و بذل جهد في تحقيق أسباب العقوبة

---

[1] – ينظر : ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ج1 ص: 9 .

[2] – لأن الشارع أقام الحكام على النهوض بالقصاص و إقامة الحدود عند الإثبات ، ينظر : القرطبي ، **جامع الأحكام** ، ج2 ص: 194 .

[3] – ينظر : القرافي ، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام** ، تحقيق أبو بكر عبد الرزاق ، ط1 (المكتب الثقافي للنشر ، القاهرة : 1989م) ، ص: 75 .

و معرفة أحوال الجناة و مقدار الجناية ، و هذا يتحقق من خلال النظر إلى جسامة الضرر الذي قد يلحق بالمجني عليه أو الجاني ، و هي من أوجه الموازنة ، و حتى تتحقق العدالة العقابية .

– **السبب الثاني** : أن تفويض أمر تنفيذ العقوبة قد يؤدي إلى التهارج و الفتن و شدة الحميات ، خاصة إذا تعلق الأمر بالحدود و القصاص ، فحسم الشارع هذه المادة وفوض الأمر إلى الحكام حتى يقع من سلطانهم ما يردع و يكف الفتن .

– **السبب الثالث** : حالة تعارض حقوق العباد مع حقوق الله ﷻ ، فذلك يوجب افتقاره إلى الحاكم ، فإذا أنشأ حكما تعين الإذعان[1] .

الفرع الثاني

إعمال فقه أحوال الجناة

الملاحظ من خلال تتبع الفروع الفقهية فيما يتعلق بجواز العفو قبل الوصول إلى الإمام أن الفقهاء أحالوا ذلك إلى ما تقتضيه شواهد حال الجناة ، و على ما استقر عليه عرف الناس في التمييز بين الفاجر الذي يعرف بفجوره و بين الصالح الذي اشتهر بصلاحه .

و قد يصعب ضبط هذا الأمر لما فيه من إعمال للظنون الغالبة و مقتضيات الحال ، فهذا أمر يبنى على اعتبار الظواهر و على ما اشتهر بين الناس في بيان حال الجناة ، لكن حصول إجماع الناس على فساده أو صلاحه فيه من القوة ما يجعل الحكم أقرب إلى الصواب ، فالعادة قد حكمت في الناس اجتماعهم على الخير و حب أصحابه و نفرتهم من الشر وبغض أهله .

و على التقرير السابق ، استحسن الفقهاء العفو عن الجاني قبل وصوله إلى الحاكم ، لمن

[1] – ينظر : المصدر السابق ، و الصفحة نفسها .

ظهرت منه الزلة أو الفلتة ، و قد اشتهر صلاحه بين الناس ، بخلاف من اشتهر بالفجور ، و هذا عام في جميع الحدود و ظاهر في عقوبات التعزير ، جاء في الموازية من رواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك قال : « لا أحب أن يشفع لأحد وقع في حد من حدود الله تعالى بعد أن يصل إلى الإمام أو الحرس و هو الشرط ، و أما قبل أن يصل في أيدي هؤلاء فالشفاعة حينئذ للرجال إذا كان منه فلتة و لم يشهد .. فأما من عرف شره و أذاه للناس ، قال مالك : فأحب إلي أن لا يشفع له أحد »[1].

و قد ذكر علماء السياسة الشرعية قاعدة **الأخذ بالأصلح** بالنسبة للجاني في باب التعزير

في حالة إن تجردت العقوبة التعزيرية عن حق آدمي و انفرد به حق السلطنة[2]، و ذكرت في القصاص بالنسبة للمقتول الذي لا ولي له ، فيكون الحاكم ولي من لا ولي له ، فيقول الإمام السرخسي في قوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِي ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾(سورة البقرة :179) : « فكان للإمام أن يستوفي القصاص إن شاء و إن شاء صالح على الدية لأنه مجتهد، و له أن يميل باجتهاده إلى المطالبة بالدية ولأنه ناظر للمسلمين ، فربما يكون استيفاء الدية أنفع للمسلمين »[3]، و العمل بهذه القاعدة يقتضي معرفة أحوال الجناة .

و أما في حالة التهمة و قد وصل الأمر إلى القاضي ، فهذا وضع أعمل فيه الفقهاء قرائن الأحوال في معرفة الجناة و فيه يتضح نوع من الفقه لم يؤسس كعلم مستقل ، وإنما هو ظاهر من خلال استقراء الفروع الفقهية التي تتعلق بهذا الباب ، و لعل فقهاء السياسة

---

[1] — نقلا من : النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، ج2 ص: 27 .
[2] — ينظر : ابن فرحون ، **التبصرة** ، ج2 ص: 224 ، و ينظر : الماوردي ، **الأحكام السلطانية** ، ص: 312 .
[3] — السرخسي ، **المبسوط** ، ج10 ص: 380 .

الشرعية قد وضعوا جزءا من معالمه العامة ، و هو فقه أحوال الجناة .

و ثمرته تتبين من خلال معرفة الجناة الذين يجوز في حقهم العفو من الجناة الذين تجب في حقهم العقوبة .

و هو عظيم الأثر في الفقه ، خاصة إذا استشكل الأمر على القاضي و استعصى معرفة الحكم المناسب للجاني ، فيسأل عن حاله .

و ليس الأمر يتعلق بمعرفة حال الجاني ، و إنما كذلك معرفة حالة المجني عليه ، هل يميل إلى العفو أو شديد الحرص على العقوبة ، و هذا مما يدخل في باب مراعاة حقوق العباد لأنها مبينة على المشاحة .

و هذا التفصيل الذي لجأ إليه الفقهاء ، لم يكن اجتهادا بعيدا عن النصوص و قواعد الشرع ، إنما ذلك جار على قواعد قد استقر الفقهاء و علماء الأصول عليها ، وقد أشير إليها في الأبواب المتقدمة .

و حاصله : أن الشارع الحكيم عندما شرع العفو مع العقوبة ، إنما كان يريد تحقيق معنى قد أشير على جزء من ذلك في السابق ، و هذا المعنى هو : منع الفساد و المجاهرة بالسوء . فقد يكون بالعفو تحقق ذلك المعنى ، فيكتفي بذلك عن إنزال العقوبة ، و إن لم يتحقق ذلك طبقت العقوبة .

الفرع الثالث

قواعد عامة للعمل بفقه أحوال الجناة

و من هذه القواعد التي راعاها الفقهاء في تفصيلهم لحال المجرم و الحكم بالأصلح :

1- وجد أن الكليات الشرعية دعت إلى التوسط بين التشديد و التخفيف ، و وجد أن

الشارع الحكيم يميل إلى التشديد في مقابلة من غلب عليه الفساد و الانحلال في الدين والمجاهرة بالسوء ، و غيره من الأمور التي تدل على فساد صاحبها و فجوره .

و مال إلى التخفيف في مقابل من غلب عليه الحرج في التشديد و من غلبت عليه التوبة و الإنابة ، وهي ما فيها من الصلاح و حب الخير[1] .

2- ما دل عليه الاستقراء للأحكام الشرعية ، أن الشارع الحكيم يأبى عقوبة من لم يقصد الفساد و لا يسعى فيه بإرادته و قدرته ، بل قلبه مشتمل على معاني العفة والطاعة و الإنابة ، فمثل هذا لا يعاقبه الشارع ، رحمة و لطفا[2] .

و هاتان القاعدتان قد تتفرع منهما عدة قواعد ، دفعت الفقهاء إلى التفصيل في حال المجرم عند إثبات العقوبة ، حتى لا يتعارض ذلك مع ما سبق مما قرره الشارع سابقا .

3- و ذلك كله ، إنما يدخل ضمن خاصية عامة هي من جملة خصائص التشريع ، وهي : أن العقاب لم يكن القصد منه النكاية و الإيلام ، و إنما القصد هو تحصيل ما هو أنفع للناس و دفعا للضرر عنهم ، من باب التخفيف و التيسير .

فالعقوبة لم تشرع للإيلام – و إن كان ذلك ظاهرا فيها – و إنما لقصد الزجر كما تقرر في السابق ، فهناك فرق بين الوسائل و المقاصد ، فالعقوبة و ما يتحقق منها من إيلام تعتبر من الوسائل ، لكن المقصد من ذلك زجر الجناة و رفع الفساد عن عامة الناس.

فالوسائل غير مقصودة لذاتها ، بل تحصيل ما هو مقصود من الشارع حفظه ، فقد يحصل بالعفو دفع فساد كما هو الحال في العقوبة .

---

[1] – ينظر : الشاطبي ، **الموافقات** ، ج2 ص:128 .

[2] – ينظر : القرافي ، **الفروق** ، ج1 ص: 162 .

و للأمر ضابط : و ذلك أن المقاصد لا تتحقق إلا بالوسائل ، و باعتبار العقوبات وسائل لما قصده الشارع من حفظ ضروريات الناس ، فإن زجر الجناة و ردعهم لا يكون إلا بتطبيق حدود الله ﷻ و تمكين قصاصه ، فمن شأن ذلك حصول قصد الشارع منها و هو الأصل .

الفرع الرابع

و من تطبيقات ذلك

1- عفو المقذوف عن القاذف : ففقهاء المالكية قسموا حال المقذوف – و أن بلغ الأمر الحاكم – إلى قسمين :

أ- المقذوف الذي يخشى مواقعة ما قيل فيه .

ب- المقذوف الفاضل المعروف بالعفاف .

– **فحال الأول** يجوز عفوه إن كان يريد من ذلك سترا على نفسه ، لما في ذكر ما قيل فيه عار عليه .

– و **أما حال الثاني** فليس فيه العفو ، فأمره معروف بين الناس ، و ليس ممن يداري بعفوه سترا عن نفسه ، فكان لزاما أن يعاقب القاذف بحد القذف [1].

2- من ذلك : معرفة أحوال السراق ، باعتبار أن جريمة السرقة فيها من التستر، و فيها من الأوضاع التي تحتاج إلى تفصيل كبير ، يتحقق به معرفة الجاني ، و فيها من الدواعي و الحيل التي قد يستعملها السراق لدفع شدة العقوبة عنهم.

فقد فصل الفقهاء فيها تفصيلا يزيل كثير من الشبه ، من ذلك ما ذهب إليه فقهاء المالكية في الرجل يلقي في جوف الليل و معه متاع ، فيؤخذ ، فيقول : فلان أرسلني إلى

---

[1] – ينظر : ابن فرحون ، **التبصرة** ، ج2 ص: 202 .

منزله فأخذت له هذا المتاع .

ففصل فقهاء المالكية في هذا القضية بحسب حالتين :

– **إحداها** : أن يؤخذ السارق و قد دخل إلى المتاع من مدخله غير متستر ، و أتاه في حين يمكن إرساله فيه ، فهذا لا يقطع .

– **ثانيها** : أن يؤخذ السارق متسترا أو دخل إلى المتاع من غير مدخله أو في حين لا يعرف ، قطع و إن صدقه صاحب المتاع [1].

فانظر كيف تعامل فقهاء المالكية مع هذه الدعوى و هي : دعوى الإذن في دخول المنزل و إن كانت شبهة ، إلا أنهم لم يحكموا الشبهة ، و إنما أزالوا ذلك من خلال التفصيل في حال المدعي .

و من بين القضايا التي أعمل فيها الأخذ بقرائن الأحوال ، في المتهم الذي استعصى كشف أمره ، مع أن تهمته ثابتة عليه و هذا يختلف عما سبق ، لأن التهمة هنا محققة .

و من ذلك : موازنة الفقهاء بين الإكراه الذي يبطل به الإقرار و بين الإكراه الذي يصح معه الإقرار ، مع أن الإكراه في الأصل مسقط للتكليف .

فقد أفتى متأخرو فقهاء الحنفية بصحة إقرار المكره بالسرقة بناء على قرينة الحال ، وقد نقل أن الحسن بن زياد سئل عن ضرب السارق حتى يقر ، فأجاب بجواز ضربه بشرط ما لم يؤد ذلك إلى قطع اللحم و تبيين العظام [2].

و قد ذهب بعض فقهاء المالكية على خلاف المشهور عندهم ، إلى أنه يجوز في حالة إذا رأى الحاكم أن السارق من أهل التهم ، أن يسجن و يضرب حتى يقر و يعمل بإقراره[3] .

---

[1] – ينظر : ابن فرحون ، **التبصرة** ، ج2 ص: 193 .

[2] – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج9 ص: 329 .

[3] – ينظر : الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج4 ص:345 .

و هذا التوجه الفقهي الذي هو خلاف الأصل ، إنما كان مبنيا على النص الشرعي ، و ذلك في **قصة ابن أبي حقيق حين أخفى كنزا يوم خيبر و ادعى ذهابه بالنفقة** ، **فحبسه النبي ﷺ، فرد عليه بقوله** : « **العهد قريب و المال كثير** » ، فكان ذاك قرينة على كذبه ، ثم أمر الزبير أن يسمه بعذاب حتى ظهر الكنز[1] .

و الأصل العام في هذه القضية أن لا يعذب المتهم ، و تفصيل أحوال المتهمين كان من أجل ضبط التهمة ، لأنها أمر نسبي تختلف فيه الأحوال ، فقد يكون التوسع في ذلك ذريعة في ضياع الحقوق و الحكم بما فيه ظلم للناس .

و لذلك ، لما قال الفقهاء بإعمال التهم و قرائن الأحوال ، كان القصد من ذلك ضبط الشبهة حتى لا يكون – من جهة أخرى – الأخذ بها معولا لإسقاط حقوق الله ﷻ المتمثلة في إسقاط حدوده ، أو تعطيل ما أمر الله ﷻ بتنفيذه .

و الفقهاء عندما أقروا العمل بالتهم في بعض المواضع ، إنما أقروا ذلك على ضوء مبدأين :

أ– مبدأ استصحاب البراءة الأصلية ، **فالمتهم بريء حتى يثبت دليل التهمة** .

ب– مبدأ شرعية العقوبة ، **فلا يجوز تجريم متهم حتى يصدر نص العقوبة** .

و هذا من أوجه الموازنة بين المواضع التي يعمل فيها بالتهمة ، و بين المواضع التي لا يجوز الأخذ بالتهمة ، و إن كان هذا الأمر من جهة الواقع عسير ، لأن ذلك يقتضي فقه جزئيات الحوادث من غير أن تعارض الكليات الشرعية[2] .

---

[1] – أخرجه البيهقي في **السنن الكبرى** ، كتاب السير ، باب من رأى قسمة الأراضي ، رقم : 18851 .

[2] – ينظر : ابن قيم الجوزية ، **الطرق الحكمية** ، ص: 6 .

المطلب الثاني

مراحل الإثبات

يتناول هذا المطلب التقسيم الفقهي لمراحل إثبات العقوبة وحكم كل مرحلة فيما يتعلق بالعفو ، و أثر هذا التقسيم على القضاء .

الفرع الأول

التقسيم الفقهي لمراحل الإثبات

الملاحظ من خلال ما تقرر سابقا و ما هو موجود كتطبيق عملي للفروع الفقهية خاصة فيما يتعلق بباب القضاة ، أن الفقهاء قد قسموا مراحل الإثبات إلى ثلاث مراحل

المرحلة الأولى : ما قبل الرفع ، و قد ذكر أن الفقهاء استحسنوا العفو و استحبوا الستر.

المرحلة الثانية : ما بعد الترافع و قبل الإثبات ، ففي هذه المرحلة رجح الفقهاء جملة من الأحكام التي تدخل ضمن مبدأ عام الذي هو مبدأ الاحتياط ، كجواز التعريض و التلقين و صحة رجوع المقر عن إقراره.

أما التعريض فقد استحبه فقهاء الحنفية و الحنابلة و الصحيح عند فقهاء الشافعية[1] ، واستدلوا بالآثار التالية :

1- حديث أبي أمية المخزومي ﴿ **أن رسول الله ﷺ أتي بلص اعترف اعترافا و لم يوجد معه المتاع ، فقال له رسول الله ﷺ : ما أخالك سرقت ، قال : بلى يارسول الله ، فأعادها عليه رسول الله ﷺ مرتين أو ثلاثا ، قال : بلى يارسول الله ، فأمر به فقطع** ﴾[2].- ما روي عن

---

[1] — ينظر :السرخسي ، **المبسوط** ، ج9 ص:143، و ينظر : الرحيباني ، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** (المكتب الإسلامي ، دمشق : 1961م) ، ج6 ص: 190 ، و ينظر : الهيتمي ، **تحفة المحتاج** ، ج9 ص:152 .

[2] — أخرجه أبو داود في **السنن** ، كتاب الحدود ، رقم : 3807 .

2- ابن مسعود ﷺ ﴿ **أتي بسوداء يقال لها : سلامة فقال : أسرقت ، قولي : لا ، قالوا : أتلقنها ،قال:جئتموني بأعجمية لا تدري ما يراد بها حين تفسر فأقطعها** ﴾[1].

لكن لما كانت المسألة فيها من الإشكال الذي مفاده : أن القول باستحباب التعريض أو تلقين الجاني فيه دواعي التعطيل لحقوق الله ﷻ ، و ما فيه من استبعاد الجرم عن الجناة ، فهذا في حقيقته فيه إفلات عن العقوبة ، فما هو السبيل إلى الجمع بين الأمر بتنفيذ حدود الله ﷻ عند الإثبات و قد جاء الجاني معترفا ، و بين استحباب التعريض دفعا عنه العقوبة المقررة في حقه ؟

و الإجابة عن هذا الإشكال ، يقتضي النظر إلى شكل العقوبة في النظام العقابي ، وأخص من ذلك : النظر إلى شروط العقوبة .

فإن الناظر إلى شروط العقوبة يجد أن الشارع الحكيم أقام إثباتها على البينة الواضحة، فإن وجد ما يدل على الإخلال في هذه البينة ، فإن العقوبة الأصلية تسقط.

و لذلك للحاكم أن يوجه أسئلة للمقر مفصلة حتى يبين الجاني السرقة و المسروق منه و قدر المسروق للحصول على القطعية في الإقرار ، لأن خلاف ذلك يفضي إلى وجود شبهة ، فقد يظن غير السرقة الموجبة للقطع سرقة موجبة له[2] .

ثم إن القاضي أبو يوسف الحنفي ذهب إلى اشتراط تكرار الإقرار في الحدود ، لأنها تتضمن إتلافا فكان من شرطها التكرار ، و على أن الزيادة في ذلك كان الغرض منها التقليل من التهمة [3].

---

[1] – ابن أبي شيبة ، **المصنف** (دار افرك ، بيروت : ب.ت) ، ج6 ص: 525 .

[2] – ينظر : ابن عابدين ، **رد المحتار** ، ج4 ص: 86 .

[3] – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج9 ص: 323 .

و العقوبة في الإسلام فيها من الغلظة و الشدة التي تستجلب الحذر من تطبيقها ، فنتائجها إلحاق ضرر بالجاني كقطع اليد و الرجم و الجلد و القتل قصاصا ، فقد يكون في تطبيق الحد ظلم على الجاني عند الخطأ ، و أن يخطئ الإمام في العفو خير له من يخطئ في العقوبة .

و العقوبة في الإسلام تتنازع فيها الحقوق ، ففيها حق الله ﷻ و حق العباد ، فإن سقط حق الله ﷻ بقي حق العباد ، فالأول **مبني على الإسقاط** أما الثاني **فمبني على الإظهار**.

ثم إن الفقهاء لما استحبوا التعريض و التلقين ، لم يتركوا الأمر مفتوحا من غير ضبط ، لأن الأمر يستلزم التفصيل خاصة و أن أحوال الجناة تختلف ، فهناك الجاني الجاهل قد يأتي معترفا مقرا بجريمة السرقة و لا يعرف نصابها ولا الفرق بينها و بين الاختلاس أو الغصب أو النهب .

قال الرافعي من فقهاء الشافعية : « هذا إن كان المقر جاهلا بوجوب الحد ، بأن أسلم قريبا أو نشأ ببادية بعيدة عن العلماء ، و إذا عرض له فإنما يعرض بما لا يسقط حق الغير عن العقوبة ، لا بما يسقطه حتى لا يعرض في السرقة بما يسقط الغرم ، و إنما يسعى في دفع القطع ، كما أنه في حدود الله يستحب الستر و في حقوق العباد يجب الإظهار ، ولا يقول له ارجع عن الإقرار أو نحوه من صرائح الرجوع كجحده ، بل يقول : لعلك سرقت من غير حرز و نحوه »[1] .

المرحلة الثالثة : و هي مرحلة ما بعد حكم الحاكم و قبل إقامة الحد ، فالذي عليه

---

[1] – نقلا من : ابن زكريا الأنصاري ، **أسنى المطالب** ، ج4 ص:152 .

فقهاء الأمصار ، أنه ليس للعفو أثر في إسقاط العقوبة ، ترجيحا لحق الله ﷻ على جهة التغليب كما هو في حد السرقة أو حد القذف من غير فقهاء الشافعية ، أو على وجه المحض كما هو الحال في عقوبة الزنا و الشرب .

الفرع الثاني

أثره على القضاء

و لقد فرق الفقهاء بين القضاء في حقوق الله ﷻ و بين القضاء في حقوق العباد ، فالقضاء في حقوق الله ﷻ من تتمته الاستيفاء ، و استيفاء الحد من تتمة قول القاضي :حكمت أو قضيت بالقطع أو الجلد . فالقضاء في باب الحدود التي يغلب فيها حق الله ، ليس فيه فائدة إن لم يتبعه استيفاء .

و لما كان الإمضاء في الحدود من القضاء ، فإنه يشترط قيام الخصومة عند استيفاء الحد و لما كنت الخصومة شرط في ذلك ، فإنه **ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى وقت الاستيفاء** ، كما هو الحال في حدي السرقة و القذف بخلاف حقوق العباد ، فإن **القضاء فيها يفيد الإظهار** ، فلا حاجة إلى جعل الإمضاء من تتمة القضاء [1].

و من بين أدق المسائل التطبيقية التي بنيت على التفصيل السابق : **هبة المال المسروق للسارق** .

فالذي عليه جمهور فقهاء الحنفية ، أنه إذا تملك السارق المسروق بعد الرفع و قبل القضاء بالهبة أو نحو ذلك فإن القطع يسقط ، لأن المطالبة شرط لقيام الحدود ، و قد

---

[1] — ينظر : البابرتي ، **العناية شرح الهداية** (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) ، ج5 ص:407 .

سقطت بالهبة [1].

و خالف في ذلك الإمام مالك مرجحا العقوبة لعدم اشتراطه الخصومة [2] .

و هذه المسألة تبين سبب الخلاف فيها من خلال ما ذكر ، فمن اشترط الخصومة أسقط الحد ، و من لم يشترط أبقى الحد .

لكن الأمر الذي اختص به فقهاء الحنفية ، إذا حدثت الهبة بعد القضاء و قبل الإمضاء فإن الحد يسقط عندهم مخالفين في ذلك جمهور الفقهاء .

و من أوجه استدلالهم على ذلك :

أ- أن **القضاء في باب الحدود إمضاؤها** ، فمن لم يمض ، فكأنه لم يقض .

ب- **المعتبر بعد القضاء قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب .**

ج- و لأن تملك المسروق و إن لم يوجد وقت السرقة ، إلا أنه أوجد شبهة عند التنفيذ[3].

فرجح فقهاء الحنفية بهذا الاعتبار ما يدعو إلى العفو على إقامة العقوبة .

المطلب الثالث

ضبط طوارئ الإثبات

يقصد بطوارئ الإثبات ، ما يطرأ بعد إثبات العقوبة من أحوال قد تسقط العقوبة وترجح معنى العفو ، كالرجوع عن الإقرار أو الشهادة ، و قد وضع الفقهاء لذلك ضوابط و أقاموها على قواعد عامة .

---

[1] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص:43 .

[2] – ينظر : الباجي ، **المنتقى** ، ج8 ص: 198 .

[3] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص: 43-44 .

الفرع الأول

ضبط الرجوع عن الإقرار

الإقرار في حقيقته خبرا ، و الخبر يحتمل الصدق و الكذب ، و مع ذلك (الاحتمال) أجاز الفقهاء تخلف مدلوله الوضعي ، بمعنى : أنه قد يكون في المقر في الحقيقة كاذبا ، إلا أنه يترتب على إقراره أثره لزوما .

و الرجوع عن الإقرار تختلف إضافته التي تدل عليه بحسب وضعين :

– **الوضع الأول** : يكون صريحا ، كأن يقول المقر : رجعت عن إقراري ، أو كذبت .

– **الوضع الثاني** : و قد يكون دلالة ، كأن يهرب عند رؤية العذاب و إقامة الحد .

و الخلاف الحاصل بين الفقهاء ليس في الوضع الأول ، فإنهم متفقون على أنه يسقط الحد ، و إنما الخلاف في الوضع الثاني ، و هذا من حيث اعتبار ذلك شبهة يدرأ بها الحد أم لا ؟

و لتحرير المسألة ، فقد قسم الفقهاء الرجوع عن الإقرار دلالة بحسب الحق المعتبر في العقوبة إلى قسمين :

1- قسم فيه حق الله عز وجل على جهة المحض أو التغليب ، فإن جمهور الفقهاء من الحنفية و المشهور عند المالكية و الشافعية و الحنابلة ، على أنه رجوع المقر عن إقراره معتبر ويسقط به الحد [1].

و بهذا الاعتبار ، فإن الإقرار دلالة على أن شبهة قوية ، بمعنى : أنها تمحوا عن صاحبها وصف الجرم ، ولا يعاقب عقوبة تعزيرية .

و بيان قوة الشبهة في ذلك : أن رجوعه يورث احتمال الصدق و الكذب ، و التردد

---

[1] – ينظر : الكاساني ، **البدائع** ، ج5ص:530 ، و ينظر : الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، ج4 ص: 318 ، وينظر : الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج7 ص: 416 ، و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج9ص:27 .

بين ذلك في حقوق تقبل الإسقاط بالاتفاق ، و تعضدها بالنص الشرعي في قضية ماعز فقد لقنه النبي ﷺ الرجوع عن الإقرار ، فلو لم يكن محتملا للسقوط بالرجوع ، ما كان للتلقين فائدة ، و ما تقرر عند الفقهاء في أن من شرط إقامة الحد بالإقرار بقاءه إلى تمام الحد [1]، فإن ذلك كله يدل على قوة الشبهة .

إلى هذا الحد ، فإن الكلام فيه عام يقتضيه الأصل المتفق عليه عند جميع الفقهاء الذي هو : أن الإقرار شبهة تسقط حقوق الله ﷻ ، لكن هل القول بجواز تخلف المدلول الوضعي للإقرار دلالة ، يؤدي إلى ترك المسألة من غير ضبط ، مع إن احتمال الكذب وارد و قد يكون قويا بقرينه الحال ؟

فالمقرر عند فقهاء المالكية و الشافعية ، أن الأمر ليس كذلك ، و إنما جواز ذلك كان وفق ضوابط ، تضبط أمر الإقرار دلالة حتى لا يكون في ذلك ذريعة إلى إسقاط حدود الله ﷻ .

فقد روي عن مالك — في رواية غير مشهورة عنه — أنه قيد قبول رجوع المقر في حقوق الله ﷻ التي تسقط بالشبهة ، بأن يكون الرجوع لوجود شبهة ، أما لو رجع عن إقراره بغير شبهة فلا يعتد به ، و قد نص على ذلك أشهب و به قال ابن الماجشون [2].

---

[1] — المصادر نفسها .

[2] — ينظر : الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، ج4 ص:318-319 .

و لعل فقهاء المالكية استدلوا بقول جابر راوي حديث ماعز في قوله : « **ليستثبت رسول الله ﷺ منه** » ، قال الشوكاني مبينا ذلك : « إنما قال ذلك لأجل الاستثبات والاستفصال ، فإن وجد شبهة يسقط بها الحد أسقطه لأجلها ، و إن لم يجد شبهة كذلك أقام عليه الحد » [1] .

و الأصح عند فقهاء الشافعية أن الرجوع يكون بالدلالة الصريحة دون غيرها ، فلا يرون مثل الهروب عند التنفيذ بعد الإمضاء رجوعا ، و لو قال المقر : اتركوني أو لا تحدوني أو هرب قبل حده أو في أثنائه ، فلا يعتد ذلك رجوعا على الأصح عندهم [2].

2- قسم فيه حق للعبد ، فقد اتفق الفقهاء أنه لا يسقط بالرجوع ، باعتبار أنه حق ثبت لغيره ، فلم يملك إسقاطه بغير رضاه ، و أنه من جملة **الحقوق التي تبنى على المشاحة** فما دام قد ثبت للعبد حق ، فلا يجوز إسقاطه بغير رضاه [3].

الحاصل من هذه المسألة : أن قضية الرجوع عن الإقرار من ناحية الأصل العام تسقط الحد و يترجح معنى العفو فيها ، لكن من ناحية تطبيق هذا الأصل العام على الجزئيات الفرعية ، فإن الفقهاء لم يجعلوا الأمر مطردا ، و إنما سعوا إلى ضبط ذلك ضبطا يدفع بعض الإشكالات المحتملة .

و ربما الاستدلال على الحاصل السابق يحتاج إلى أدلة أكثر حتى يستقر الأمر و يثبت ، إلا أن ذكر الضوابط كلها قد يخرج البحث عن موضوعه الأصلي ، فيكفي في ذلك الرجوع إلى المحققين من أصحاب المذاهب ، فقد دققوا في المسألة و ضبطوها ضبطا

---

[1] – الشوكاني ، **نيل الأوطار**، ج7 ص: 108 .

[2] – ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص:196 .

[3] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5 ص:530 ، و ينظر : الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج4 ص:410 ، و ينظر :ابن قدامة ، **المغني** ، ج12ص:71.

يدفع جميع الإشكالات المحتملة ، كما هو الحاصل عند القرافي في كتابه الفروق ، و ابن جزي في قوانينه الفقهية [1].

الفرع الثاني

ضبط الرجوع عن الشهادة

الأصل العام في أثر الرجوع عن الشهادة أنه يسقط الحد ، لأن ذلك يورث شبهة ، لكن من ناحية التفصيل الفقهي و المتقرر في باب القضاء ، أن الرجوع لا يخلوا أن يكون

بعد القضاء أو قبله .

فإن كان قبل القضاء سقطت شهادتهما ، لأن الحق إنما يثبت بالقضاء ، و القاضي لا يقضي بكلام متناقض .

و إن رجعا بعد القضاء و قبل التنفيذ ، فالذي عليه الفقهاء أنه لا يجوز استيفاؤها ، لأن حقوق الله ﷻ تسقط بالشبهة و الرجوع شبهة ظاهرة .

أما إن رجعا بعد تنفيذ الحكم ، فإنه لا ينقض الحكم بالاتفاق [2].

الفرع الثالث

قواعد عامة في الإقرار و الشهادة

الظاهر أن الفقهاء استخدموا في معرفة الإقرار و بيان حالة الشهود بعض القواعد العامة والتي بفضلها توصلوا إلى وضع موازنة دقيقة لمعرفة أمر الرجوع عن الإقرار الذي يسقط به الحد و الذي هو في معنى العفو ، و بين الرجوع الذي لا يسقط الحد ، كذا في مسألة الرجوع عن الشهادة و أو تقادمها .

---

[1] – ينظر : القرافي ، **الفروق** ج4 ص:40 ، و ينظر : ابن جزي ، **القوانين الفقهية** ، ص: 207 .

[2] – ينظر : ابن عابدين ، **الدر المختار**، ج5 ص:504 ، و ينظر : عليش ، **منح الجليل** ، ج8 ص:504 ، و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج12 ص:130 .

1- إحدى هذه القواعد : **أن الظنون لا تقع إلا بأسباب تثيرها و تحركها** .

و قد تقدم في مسألة ضبط الرجوع عن الإقرار ، أن الفقهاء لم يتفقوا عن الإقرار الذي يقع بالدلالة ، فمنهم من رأى أن ذلك يسقط العقوبة ، و منهم من لم ير ذلك و أبقى القضية على أصلها العام .

و لما كان الإقرار والشهادة مبنيان على الظنون ، و ذلك من جهة أنهما يحتملان الصدق و الكذب ، و قع الخلاف و استدعى ذلك معرفة أحوال المقر و الشاهد ، و قد تقرر ذلك في تقسيم حال الإقرار (صراحة و دلالة) ، و تلقين المقر للوصول إلى معرفة حقيقة الشبهة التي دفعته إلى الإقرار، و السؤال عن الشهود من طرف القاضي ، كل ذلك يستفاد من العادات لترجيح جانب الصدق أو الكذب فيهما ، فالحاجة لمعرفة ذلك ضرورية .

فنجد أن الفقهاء اشترطوا شروطا يدفع الاحتمال من ذلك : أن تكون الأدلة قاطعة في الإثبات مستمرة من وقت التقدم إلى وقت الحكم ، بل عند أكثر الفقهاء أن يستمر ذلك إلى وقت التنفيذ .

و المقصود بالقطعية في هذا الموضع : قطعية في دلالتها على المعنى ، فقد قرر الفقهاء أن تكون عبارات الشاهد التي يتقدم إلى الإثبات الجريمة صريحة الدلالة ، فإذا حصل خلل في العبارة ، فإن ذلك يورث شبهة يسقط بها الحد .

كذلك ، ألا يوجد معها ما يعارضها فإذا وجد ذلك ، كان مسقطا للعقوبة الأصلية ، كأن يشهد ثقات من النساء بأن المرأة عذراء ، فإنه لا يلتفت إلى شهادة الإثبات كما هو مقرر عند الشعبي و الثوري و الشافعي [1].

---

[1] – ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج7 ص:614 .

2- **قاعدة : الوازع الطبعي أقوى من الوازع الشرعي .**

و هذه القاعدة كانت أساسا في التفريق بين الرجوع عن الشهادة و الرجوع عن الإقرار ، و لذلك أن الفقهاء – كأصل عام – حكموا بسقوط الحد في رجوع المقر عن إقراره ، أما رجوع الشهود عن شهادتهم ففيه تفصيل .

بل إن الفقهاء من الحنفية ذهب إلى أدق التفاصيل في قضية استمرار الإثبات ، فإذا انقطع وصف القطعية قبل التنفيذ و بعد الحكم فإن الحد لا يجب ، كرجوع الشهود عن شهادتهم [1].

و تعليل ذلك : أن الإقرار مقدم على البينة ، من جهة أن الظن المستفاد منه أقوى من الظن المستفاد من شهادة الشهود .

فوازع المقر طبعي ، لأن الإنسان إنما يقر في الغالب بما يعتقد صحته ، أما وازع الشهود شرعي ، لأن قيام الشهادة حسبة لله ﷻ .

و من جهة أخرى ، أن الشهادة حجة عامة على جميع الناس ، بها تقام حقوق الله ﷻ أما الإقرار فهي حجة قاصرة على المقر ، و **الخاص أقوى من العام** ، فكان الوازع الطبعي أقوى من الوازع الشرعي [2].

4- **قاعدة ترجيح الغالب على المغلوب .**

فأمر الإثبات في العقوبات سواء كان حدا أو قصاصا مبني على الغالب، و الأمر الغالب إنما ندين به عن طريق ترجيحه على المغلوب ، فحكم الفقهاء بترجيح جانب الصدق في

---

[1] – ينظر : العيني ، **البناية في شرح الهداية**، ج6 ص: 280 .

[2] – ينظر : العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج2 ص: 119 .

الشهادة و الإقرار ، لأن الغالب فيهم الصدق و تقتضيه حاجة القضاء في إثبات حقوق الله ﷻ و حقوق العباد .

المبحث الثاني

ضبط موانع العقوبة

يتناول هذا المبحث نماذج هي في حقيقة الأمر تعتبر في الغالب مانعا للعقوبة ، إلا أن الفقهاء سلكوا فيها مسلك التوازن ، أقصد بذلك : ضبط مواضعها ، فاستعملوها تارة سببا مرجحا للعفو ، و في مواضع أخرى لم يعطوا لها اعتبارا في إسقاط العقوبة .

و يقصد من المانع في هذا المبحث ، ما يلزم من وجوده تخلف العقوبة ، و لا يلزم عدم المؤاخذة ، و إنما هو ترك للعقوبة الأصلية ،و ليس المقصود حصر كل الموانع ، و إنما الكلام منحصر في ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : ضبط ما هو مانع للعقوبة كأصل عام و هي : الشبهة .

- المطلب الثاني : ضبط ما هو مانع للعقوبة من جهة وجود نقص في تحمل التبعة وتختلف فيها الأحوال و تتناسب ، و اختير في ذلك : الإكراه .

- المطلب الثالث : ضبط ما يمنع العقوبة سياسة ، و اختير في ذلك : التأويل الفاسد .

المطلب الأول

ضبط الشبهة

لما كان أمر الشبهة يختلف فيه المآخذ و تتناسب بوجودها الأحوال ، سعى الفقهاء إلى ضبطها حتى لا تكون معولا لإسقاط العقوبة ، فليس كل شبهة تسقط الحد ،و أن قاعدة درء الحدود بالشبهات قد تصادم قواعد أخرى ، فاقتضى الحال التحقيق و التفصيل في الشبهة ، و ذلك ظاهر من خلال فرعين :

الفرع الأول : ضبطها من جهة التدقيق في العبارات التي استعملها الفقهاء في بيان قوة أو ضعف تأثيرها في تخلف العقوبة .

الفرع الثاني : ضبها بالقواعد العامة .

الفرع الأول

ضبط العبارات الفقهية للشبهة

استعمل الفقهاء عبارات دقيقة للشبهة ، دفعت بعضهم إلى تفصيلها وبيان أقسامها حتى أضحت بعض مصطلحاتهم للشبهة تدل على طبيعتها من حيث القوة و الضعف أو حتى ما بينهما ، و هي منزلة توحي إلى دقة الاستعمالات الاصطلاحية و براعة الاختيارات الفقهية في الوصول إلى حكم تتحقق فيه الموازنة بين درء الحد الذي فيه معنى العفو و بين تمكين العقوبة .

و هذه الدقة إنما فرضتها حقيقتان :

- **أحدها** : أن الحكام كما أمروا بتنفيذ الحدود و القصاص ، أمروا بدرئها بالشبهات.

- **ثانيها** : تنازع قاعدة درء الحدود بالشبهات مع المقاصد الأصلية للعقوبات في كثير من الفروع الفقهية ، بمعنى : هل في تطبيق القاعدة تحقيق للمقصد الأصلي للعقوبة ؟

لأنه إذا لم يتحقق ذلك فلا معنى من وضع العقوبة ، باعتبار أن تمكين الشبهة إنما هو في حقيقته ترك للعقوبة الأصلية الذي هو في معنى العفو .

و هذه الفكرة تحتاج إلى تفصيل مفاده : أن في أصل التشريع في النظام العقابي لا يوجد إفلات من العقوبة ، و أن درء الحدود بالشبهات و إن كان في معنى العفو ، فإنه لا يدل على إسقاط العقوبة بالكلية – و هذا بحسب التوجه الفقهي العام في هذه المسألة – وهذا ما يحدد المعنى الدقيق للعفو في الفقه الإسلامي .

كذلك تفصيل الفقهاء في أحوال الجناة في مواضع العفو ، من خلال بيان من يستحق العفو ممن لا يستحقه ، لا يستلزم ذلك عدم عقوبة الجاني الذي ارتكب جريمة و إن كان لم يعرف بالفساد أو الفجور أو فعل ذلك مكرها أو عن طريق الخطأ ، فإنه في كثير من الفروع الفقهية قد استبدل الفقهاء العقوبة الأصلية بالعقوبة التعزيرية تختلف في الشدة والضعف بحسب اختلاف الجناية .

و لذلك ، حتى لا يقع الفقهاء في هذا الإشكال ، فصلوا في الشبهة و دققوا في عباراتها حتى يناسب الحكم موضعه ، و حتى تتوازن العقوبة مع العفو .

فإذا تقرر ما سبق ، فإن من جملة العبارات الفقهية التي وظفها الفقهاء في الشبهة ، والتي هي من آثار الموازنة بين العقوبة و العفو ما يلي :

1- **عبارة شبهة متمكنة** عند فقهاء الحنفية[1] أو **محققة** عند فقهاء المالكية[2]، و قد استعملت هذه العبارة للدلالة على قوتها و مقارنتها في إسقاط الحدود و القصاص ، أو لتعجيز الخصم في عدم نقض أو قدح علة تمكينها أو تحقيقها ، فيفحمه بالحجة .

و الناظر إلى الفروع الفقهية المتعلقة بهذه المسألة ، يجد أن هذه الشبهة استجلبت قوتها من جهتين :

- **إحداها** : من جهة وجود دليل يقويها ، مثل السارق يسرق مال ابنه من حرز بمثله ، فهذه شبهة متمكنة و متحققة في إسقاط حد القطع عن السارق ، للنص الثابت قوله ﷺ : ﴿ **و أنت و مالك لأبيك** ﴾ [3] .

كذلك تحقق الشبهة في مال الأعمام و العمات و الخال و الخالات و الإخوة

---

[1] – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج9 ص:302 .

[2] – ينظر : القرافي ، **الذخيرة** ، ج1 ص:157 .

[3] – سبق تخريجه .

والأخوات لقوله تعالى : ﴿ لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُواْ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَٰنِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَٰمِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَٰلِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَٰلَٰتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكْتُم مَّفَاتِحَهُۥٓ أَوْ صَدِيقِكُمْ ﴾ (النور: 61) ، فلا يقطعون أصله الأبوة تمنع القطع .

– **ثانيها** : من جهة وجود قواعد عامة تقرها أو ما هو في موضع الإجماع .

مثال ذلك عند فقهاء الحنفية : أن القاضي لا يعرف عدالة الشهود ، و لا يجوز الطعن فيهم حتى يسأل عنهم ، لأنه صار الجاني متهما بارتكاب حد من الحدود ، فلا يقام الحد حتى يسأل الشهود ، لأن الشبهة متمكنة في شهادتهم قبل التزكية .

ووجه ذلك : أن الشهادة لو وقع فيها الغلط ، فإنه لا يمكن تداركه ، فعلى القاضي أن يسأل الشهود صيانة لقضاء نفسه و طعن الخصم فيه [(1)] .

و من أوجه تعجيز الخصم ، تمكين الشبهة بالقواعد العامة ، كما هو الحاصل عند فقهاء الحنفية في قضية تزوج ذات المحرم على أنه ليس فيه حد ، لأنه وطء تمكنت الشبهة منه ، فلم يوجب الحد .

بيان ذلك : أنه قد وجدت صورة المبيح و هو عقد النكاح الذي هو سبب للإباحة ، فإذا لم يثبت حكمه و هو الإباحة ، بقيت صورته شبهة دارئة للحد [(2)] .

فرد ابن قدامة الحنبلي على ذلك مستدلا على ضعف الشبهة ، فقال : « و لنا أنه وطء في فرج امرأة مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ، و الواطئ من أهل الحد

[(1)] – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج9 ص:302 .

[(2)] – ينظر : ابن عابدين ، **رد المحتار** ، ج4 ص:24 .

وعالم بالتحريم ، فيلزمه الحد كما لو لم يوجد العقد ، و صورة المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة ، و العقد هاهنا باطل محرم ، و فعله جناية يقتضي العقوبة انضمت إلى الزنا فلم تكن شبهة ، كما لو أكرهها و عاقبها ثم زنى بها »[1] .

2- **عبارة إمكان الشبهة** عند فقهاء المالكية ، و هي الشبهة المحتملة ، و قد يكون لها اعتبار قوي في إسقاط العقوبة الأصلية و من ذلك :

غياب الشهود في جريمة السرقة ، فعند فقهاء المالكية أنهم إن غابوا قبل أن يسألوا فلا قطع لإمكان الشبهة ،لأن الاستيفاء مع غيبة الشهود استيفاء مع الشبهة لاحتمال الرجوع عن الشهادة [2].

و قد يكون إمكان الشبهة من جهة شدة اعتبارها خاصة في العقوبات التي يشترط فيها الخصومة أو العقوبات التي هي أوسع في الإسقاط من العقوبات الأخرى كعقوبة السرقة.

فقد اشترط فقهاء الحنفية حضور مالك المسروق و أن يدعيه ، فاعتبرت المطالبة لزوال احتمال الشبهة و هي : احتمال تمليك المال المسروق للسارق عن طريق الهبة أو الوقف أو الإذن في الدخول ، و هذه احتمالات قوية باعتبار أن المال يباح بالبذل [3].

3- **عبارة وضوح الشبهة** ، و هي الشبهة التي تعلقت بأوصاف ظاهرة عم اعتبارها في الأحكام ، فزادها ذلك قوة و اعتبارا ، من ذلك المكره لا يحد لوضوح الشبهة ، و هو الأظهر لعموم اعتباره في الطلاق ، و كذلك المضطر للإساغة لوضوح الشبهة [4].

و هي دون منزلة الشبه السابقة ، لأن هذه الأوصاف الشرعية التي تعلقت بها هذه

---

[1] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج10 ص:148 .

[2] – ينظر : القرافي ، **الذخيرة** ، ج12 ص: 174 .

[3] – ينظر : الكاساني ، **البدائع** ، ج6 ص: 31 ، و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج10 ص:294 .

[4] – ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج8 ص: 434 .

الشبهة من حيث الأصل العام للتكليف يمكن أن تكون مؤثرة ، لكن من حيث التفصيل الفقهي ، فإن الأمر يختلف ، و سيأتي بيان ذلك في المطلب اللاحق .

الفرع الثاني

ضبطها بالقواعد

و ليس المقصود من هذا الفرع بيان شروط الشبهة ، و إنما ذكر جملة من القواعد التي استعملها الفقهاء في دفع موضع الالتباس الذي مفاده : أنه قد يظن الناظر أن لموضع الشبهة أثرا كيرا في إسقاط العقوبة ، لكن عند التحقيق يتبين أن لذلك ضابطا .

و من القواعد التي استعملت :

1- **قاعدة اعتقاد المقارنة في دفع الحد**[1] :و المقصود بذلك أنه ليس كل شبهة يدرأ بها الحد ، فقد تكون الشبهة ضعيفة لا يقوم عليها الاعتبار ، أو ليس لها من القوة في دفع العقوبة ، فلابد أن تكون الشبهة مساوية أو مقارنة للحد ، بحيث يكون لها الأثر القوي في إسقاط الحد .

و سيتضح هذا المعنى عند بيان مراتب الشبهة في الفروع اللاحقة.

و من تطبيقات ذلك : ما لو فجر إنسان بامرأة ، فقال : حسبتها امرأتي ، فهذه ليست شبهة تدرأ بها الحد ، باعتبار أن الحسبان و الظن ليس دليلا شرعيا له يعتمده في الإقدام على الوطء .

بخلاف الزفاف ، كمن زفت إليه امرأة غير امرأته فوطئها ، فقد كان هذا الوطء حلالا له في الظاهر ، فلا يسقط إحصانه ، فاعتبر هذا الظاهر في إيراث الشبهة[2] .

---

[1] – ينظر : القرافي ، **الفروق** ، ج4 ص:140 .

[2] – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج9 ص:150 .

2- **الأخذ بالشبهة يكون عند موضع التحقيق لا من حيث اعتبار صاحب الشبهة** ، كما هو الحال في شبهة الجهل ، و لذلك فصل العلماء في بيان هذه الشبهة و بيان مراتبها وبيان شروطها و ذلك من حيث بيان مراتب الجهل .

فالجهل يأتي على أربعة مراتب تختلف فيه الأحكام :

- **المرتبة الأولى** : جهل لا تقوم به الحجة ، و هو كل جهل يدخل من ضمن ما لا يعذر الاحتراز عنه ، و لا يكون ذريعة للعفو ، و هو الذي يطرد في أصول الدين وأصول الفقه و بعض أنواع الفروع ، كجهل ما علم من الدين بالضرورة ، أوالجهل بأصل التحريم مثل حرمة السرقة و الزنا و القذف ، و هذا كله لا يتقيد بشرط الإسلام ، فالمسلم و غير المسلم سواء ، باعتبار أن ذلك يقوم على الأمور الشائعة التي يحترز منها عادة .

و مثله غير المسلم الذي اقترف جريمة الزنا أو شرب الخمر ظانا أنه حلال و هو يعيش تحت ظل النظام الإسلامي ، فلا يرفع عنه الحد باعتبار أنه جزء من المسلمين ، و لأن هذه الجرائم تقوم حرمتها على الشيوع ، فجرمها يعلمه كل واحد من الملل الأخرى ، فلا يعتد بهذه الشبهة في تدفع الحد ، بل الاشتباه وقع في تقصيره في الطلب فلا يعذر[1] .

- **المرتبة الثانية** : الجهل في المواضع الاجتهادية ، و هي المواضع التي وقع فيها الخلاف بين المجتهدين ، أو تدخل في دائرة النظر و قيام البرهنة ، كمن قتل و له وليان ، فعفا أحدهما عن القصاص ، ثم قتله الثاني و هو يظن أن القصاص باق له ، و أنه وجب لكل واحد منهم قصاص كامل ، فإنه يسقط عنه القصاص ، لاعتبار أن جهله حصل في موضع الاجتهاد ، و **ما علم ثبوته فالأصل بقاؤه واجبا في حقه ظاهرا**[2] .

---

[1] - ينظر : البخاري ، **كشف الأسرار** ، ج4 ص: 402 و 544.

[2] – المصادر نفسه و الصفحة نفسها .

– **المرتبة الثالثة** : جهل يكون فيه أسباب العلم غير متوفرة ، و هذه المرتبة فيها تفصيل مفاده :

أ- جهل يتعذر الاحتراز منه ، كحكم الحاكم يقضي بشهود الزور مع جهله بحالهم ، فلا إثم عليه في ذلك[1] ، و كذلك فيمن يعقد على امرأة فتبين أنها أخته من الرضاعة ، و قد سئل مالك عنه فقال : أصله نكاح ، يدرأ عنهما به الحد ، و يلحق الولد فيه[2] .

ب- جهل تقوم به أسباب العلم ، لكن ادعى الجهل مع وجود مظنته ، كمن ادعى أنه وطئ امرأة أجنبية بالليل ظنها امرأته ، فمظنة الجهل موجودة ، و هي : أن ذلك من الأمور التي لا يحترز منه ، لأن الفحص عن ذلك مما يشق على الناس[3] .

المرتبة الرابعة : الجهل بالأحكام الشرعية في المواطن التي لم يبلغها الخطاب الشرعي ، فالجهل هنا هو جهل في أصل الحكم ، في موضع خفي فيه الخطاب الشرعي ، فيصير الجهل عذرا[4] ، و تقوى الشبهة من هذه الجهة و يكون لها اعتبار قوي في إسقاط الحد.

و القصد من بيان هذه المراتب المختصرة ، إثبات أمر يتعلق بصاحب الشبهة الذي يدعي الجهل ظنا منه أن هذا الحال يملك من القوة ما يدفع عنه العقوبة الأصلية سواء كانت حدا أو قصاصا ، فاقتضى الأمر التحقيق و التفصيل في مسألة الجهل حتى لا تسقط العقوبة بهذه الدعوى ، قال الإمام الشافعي : « لو عذر الجاهل لأجل جهله ،

---

(1) – ينظر : القرافي ، **الفروق** ، ج2 ص: 155 .

(2) – ينظر : سحنون ، **المدونة** ، ج2 ص: 28 .

(3) – ينظر : القرافي ، **الفروق** ، ج2 ص:155 .

(4) – ينظر : البخاري ، **كشف الأسرار** ، ج4 ص:561 .

لكان الجهل خيرا من العلم ، إذ كان يحط عن العبد أعباء التكليف و يريح قلبه من ضروب التعنيف ، فلا حجة للعبد في جهله بالحكم بعد التبليغ و التمكين »[1].

3- **وقوع الشبهة في أصل الحل و الحرمة** ، فالخلاف الذي وقع بين الفقهاء يكون شبهة موجبة لمنع الحد إذا كان (الخلاف) في أصل التحريم و الحل ، بخلاف إذا كان اختلافهم في هل هذا الأمر شبهة أم ليس بشبهة ، فهذا لا يمنع إقامة الحد ، كما لو اختلف الفقهاء في الشيء المسروق ، فهذا لا يمنع إقامة حد القطع .

الفرع الثالث

أقسامها باعتبار القوة و الضعف

تبين من خلال الفروع الفقهية أن الفقهاء اعتبروا الشبهة في بعض المواضع و لم يعتبروها في البعض الآخر في إسقاط العقوبة الأصلية ، فتبين أن الشبهة يختلف اعتبارها بحسب قوتها في مقارنتها للعقوبة .

و قد ذكر القرافي بهذا الاعتبار ثلاثة أقسام[2] :

1- **شبهة قوية** اتفق الفقهاء على اعتبارها في إسقاط الحدود ، كوجود شركة في مال في حال إذا سرق الشريك شريكه ، فهذه شبهة قوية يسقط بها حد القطع ، أو يسقط بها القصاص كظن أحد أولياء الدم أنه له حق القصاص و لم يسمع بالعفو .

2- **شبهة ضعيفة** اتفق الفقهاء على إلغائها ، بمعنى : أنها ليس لها أثر في إسقاط العقوبة ، مثل سرقة الأجير مال أجيره أو سرقة الصديق مال صديقه ، فهذه شبهة لا يسقط بها الحد .

3- **قسم متردد بينهما** ، أي : بين القوة و الضعف ، و هذا القسم قد كثرت فروعه

---

(1) – نقلا من : الزركشي ، **المنثور في القواعد الفقهية** ، ج2 ص: 17 .

(2) – ينظر : القرافي ، **الذخيرة** ، ج12 ص: 158 .

واشتد فيه الخلاف بين الفقهاء بحسب اختلاف مآخذهم في الخلاف ، و فيه تظهر الاعتبارات التي اعتبرها الفقهاء في إثبات قوة الشبهة و بيان ضعفها ، بين ترجيح معنى العفو من خلال إثبات قوة الشبهة و بين ترجيح العقوبة من خلال بيان ضعفها .

و من بين تطبيقات هذه المسألة ، اختلاف الفقهاء في تأخير الشهادة هل هي شبهة تسقط الحد ؟

فمذهب فقهاء الشافعية و المالكية على أن ذلك لا يعد شبهة في إسقاط الحدود[1] ، بيان ذلك : أن الحدود تعلقت بها حقوق العامة ، و إقامة الشهادة فيها ما يحقق ذلك ويحافظ على مصالحهم ، فتأخيرها ليس له أثر كبير في إسقاط هذه الحقوق .

فاعتبروا **صدق الأقوال دون النظر إلى البواعث** ، لأن الشهادة فيها تضمين لحقوق العباد و هذا يتحقق بإقامتها و لو تقادمت ، فرجحوا جانب المصلحة العامة دون النظر إلى مصلحة المتهم ، فتبين من خلال ذلك ضعف الشبهة بحسب رأي هذا المذهب .

أما فقهاء الحنفية فأثبتوا قوة الشبهة من جهة أخرى ، و ذلك من حيث اعتبار البواعث – و إن كان ذلك معارض لقاعدة عامة مفادها : أن **صدق الأقوال يقوم على الظهور دون النظر إلى البواعث** – لكنهم رجحوا البواعث استحسانا . فعندهم تأخير الشهادة عن وقتها يعد شبهة قوية لإسقاط الحد ذلك لأن : أداء الشهادة حسبة لله تعالى ، قال ﷻ : ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِۚ ﴾(الطلاق :02) ، و أن الستر مطلوب شرعا لحديث النبي ﷺ : ﴿ **من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة** ﴾ [2]، و المسلم متردد بينهما ، فلما لم يشهد على فور المعاينة ، دل ذلك على اختيار و ترجيح جانب الستر ، فإذا شهد بعد ذلك

---

(1) – ينظر : سحنون ، **المدونة** ، ج16 ص:286 ، و ينظر : الشافعي ، **الأم** ، ج7 ص:56 .

(2) – سبق تخريجه .

قويت مظنة الضغينة التي حملته على الشهادة ، فلا تقبل استحسانا[1] .

و هناك من الفقهاء من اعتبر قوة الشبهة من جهة مظنة التوبة ، و هي حجة ابن أبي ليلى ، ومفادها : أن المقصد الأصلي للعقوبات هو الزجر ، و يكون ذلك بتنفيذها حالا حتى إذا تأخرت عن و قتها فقد يتوب الجاني ، فيذهب ذلك معنى الزجر فلا فائدة في إقامتها[2] .

مثل ذلك مسألة الزنى بالمكرهة و ادعى أحدهما النكاح .

فمذهب فقهاء الحنفية على أن ذلك شبهة تسقط الحد ، و وجه ذلك : دعوى أحدهما النكاح فيه احتمال أن يكون صادقا[3] .

و يمكن أن يرد على ذلك تبيينا ضعفها على أن مجرد دعواهما أو دعوى أحد منهما النكاح لا يسقط الحد لحديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: ﴿ **لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال و أموالهم و لكن اليمين على المدعى عليه** ﴾ [4]، و هذا لأن كل زان لا يعجز عن دعوى نكاح صحيح أو فاسد ، فلو أسقط الحد بمجرد الدعوى لسد باب إقامة الحد[5] .

فيتبين من خلال عرض المسألتين، أن الفقهاء رجحوا معنى العفو من خلال إثبات قوة الشبهة، و رجحوا العقوبة من خلال تضعيفها و على أنها لا تقارن بالحد، لكن هذا الترجيح كان مبنيا على اعتبارات معينة سبق ذكر بعضها عند عرض المسألتين.

---

(1) — ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، 9 ص:116 .

(2) — نقلا من المصدر نفسه و الصفحة نفسها .

(3) — ينظر : المصدر نفسه ، ج9 ص: 87 .

(4) — أخرجه مسلم في **صحيحه** كتاب الأقضية ، رقم : 3228.

(5) — نقلا عن : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 188 .

و لا بد من التنبيه إلى أمر مهم في هذا المقام و هو : أنه إذا ترددت الشبهة بين القوة والضعف أي : إذا تردد الفقيه بين ترجيح جانب العفو من خلال إثبات قوة الشبهة ، وبين ترجيح العقوبة من خلال إثبات ضعفها ، استعمل أدوات أخرى قد تكون قواعد أصولية أو قواعد فقهية لإثبات قوتها أو ضعفها .

بخلاف إذا ثبت قوة الشبهة أو ضعفها من خلال قيام الأدلة الشرعية على ذلك.

و سيأتي بيان ذلك في الفروع اللاحقة .

الفرع الرابع

أثر تقسيم الشبهة على العقوبة

من الآثار التي حصلت من خلال تقسيم الفقهاء للشبهة من حيث القوة و الضعف ما يلي :

– الشبهة الضعيفة ، هي الشبهة التي تسقط العفو و ترجح العقوبة .

– الشبهة المترددة بين القوة و الضعف ، فهذه شبهة يختلف حكمها بحسب مآخذ الفقهاء ، و الأمر فيه اجتهاد .

– الشبهة القوية ، و هي الشبهة التي تسقط العقوبة الأصلية ، لكنها على قسمين :

أحدهما : شبهة قوية ترجح العفو بإسقاط العقوبة الأصلية و التبعية ، بمعنى أنها تسقط الحد أو القصاص و تسقط التعزير ، و يترتب على ذلك :

1– أنها تمحو وصف الجريمة ، فلا يكون فاعلها قد ارتكب جرما ، كمن أخذ مال ابنه ، أو دخل في نكاح اختلف فيه .

2– أنها تسقط العقوبة التعزيرية ، فلا حد و لا تعزير ، لأن وصف الجرم زال ، فلا معنى للعقاب .

3- إذا كانت في فعل يشترط فيه الخصومة ، فإنها لا تسقط حقوق العباد ، فمثلا : إذا سقط حد السرقة بشبهة قوية ، فإن رد المال واجب ، و بالنسبة للزنا ، فمن دخل على امرأة يظنها أنها زفت إليه و كانت شبهة قوية ، فإنه يترتب على ذلك تثبيت النسب ووجوب العدة و يترتب عليها جميع أحكام النسب و العدة .

- **ثانيها** : شبهة قوية تسقط الحد ، لكن لا تسقط العقوبة التعزيرية ، و لا تمحو وصف الجرم ، كسرقة الضيف مضيفه ، وكل ما يدخل في معنى الاختلاس عموما .

المطلب الثاني

ضبط الإكـراه

و فيه بيان الإكراه المعتبر في إسقاط العقوبة ، و أثره على الجرائم المختلفة ، و بعض التطبيقات الفقهية التي تتضح من خلالها موازنة الفقهاء بين الإكراه الذي هو في محل العفو و بين الإكراه الذي لا يسقط العقوبة .

الفرع الأول
الإكراه المعتبر في إسقاط العقوبة

الملاحظ من خلال الفروع الفقهية التي تتعلق بمسألة الإكراه على فعل الجرائم ، أن

الفقهاء اعتبروه في معنى العفو من ناحية الأصل العام للتكليف ، و قد استدلوا على ذلك بحديث ﴿ **رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه** ﴾[1] ، وعلى رواية أخرى استدل بها فقهاء الحنفية قوله ﷺ : ﴿ **عفوت عن أمتي الخطأ و النسيان** ﴾[2]، و هذا

---

[1] – أخرجه ابن ماجة في **السنن** ، كتاب الطلاق باب طلاق المكره ، رقم : 2045 .

[2] – ذكره الكاساني في **بدائع الصنائع** ، ج6 ص: 190 .

دل على لزوم أن يكون حكم ما استكره عليه عفوا ، باعتبار أن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له ، إنما يقصد دفع المضرة عن نفسه[1] .

فدل ذلك على أن رفع المؤاخذة عن المكره إنما هو من قبيل العفو .

لكن في المقابل ، لم يعتبروا الإكراه مسقطا للعقوبة بأي حال ، و لا ترفع عن المكره المؤاخذة ، و لم يسقطوا عنه تبعة جرائمه ،و ألزموه العقاب عن أفعاله خاصة بما يتعلق بالجرائم التي ارتكبها تحت وطأة الإكراه .

هذا التفريق بين الإكراه الذي يسقط العقوبة و يكون شبهة في محل العفو ، و بين الإكراه الذي ليس له أثر في إسقاطها ، كان مبنيا على الاعتبارات التالية :

1- أن أصل الحكم في حقيقته يتعلق بفعل فاعل مختار ، فجاز تكليف المكره عقلا [2].

2- أنه إن كان كل فعل تسبقه داعية النفس ، فإن حكم الإكراه يختلف بحسب اختلاف الدواعي .

فكان من آثار ذلك ، اختلاف حكم الإكراه باختلاف الأفعال المجرمة ، إن كانت

قتلا أو ارتكاب حد من حدود الله تعالى ، كالزنى و السرقة و شرب الخمر و الردة .

فالإكراه على القتل ليس كالإكراه على الزنى أو على السرقة أو على الردة ، فيختلف الحكم باختلاف الجريمة المرتكبة .

3- ثم إن الفقهاء نظروا إلى الإكراه ، فرأوا أنه يأتي على أنواع ، فمنه الإكراه التام (الملجئ) و منه الإكراه الناقص (غير الملجئ) ، فأصبح هذا التقسيم أصلا من الأصول المعتمدة لمعرفة حقيقة الإكراه ، و قد بسط ذلك في كتب أصول الفقه .

---

[1] – المصدر نفسه و الجزء و الصفحة نفسها .

[2] – ينظر : الآمدي ، **الإحكام** ، ج1 ص:203 .

فرأوا أن الإكراه المعتبر في إسقاط العقوبة و الذي هو في محل العفو هو الإكراه التام أو الإكراه الملجئ ، و المقصود به : أن يكون المكره قادرا على إيقاع ما هدد به من إتلاف لنفس أو عضو أو إتلاف مال[1] .

4- و المعتبر في معرفة الإكراه التام من الإكراه الناقص هو غلبة الظن[2] ، و إن كان فقهاء الحنفية قد ضبطوا ذلك بإكراه السلطان و المتغلب على أنه هو الإكراه التام باعتبار أنهم يؤثرون تأثيرا كبيرا على الأحكام ، إلا أن ذلك يختلف باختلاف العصر ، يقول العيني من فقهاء الحنفية « فالسلطان كان في زمنه قوة و غلبة بحيث لا يتجاسر أحد على إكراه غيره ، و في زماننا ظهرت القوة لكل متغلب »[3].

5- و الأساس الذي يقوم عليه الترخيص في مسألة الإكراه هو : أن المكره يقع في موازنة بين دفع الضرر الكثير عن نفسه بالضرر اليسير الذي يناله غيره بفعله[4] .

بخلاف إذا كان الضرر الذي ينال غيره كبيرا كحال الإكراه على القتل أو حتى الإكراه على الزنى ، فيتساوى طرفا الضرر .

بناء على ما تقرر من الاعتبارات السابقة ، يمكن الخلوص إلى أن الفقهاء قد وازنوا بين الإكراه الذي يكون شبهة مؤثرة في إسقاط العقوبة و يدخل في معنى العفو ، و بين الإكراه الذي تتقرر معه العقوبة فلا تسقط بأي حال .

الفرع الثاني
أثره على الجرائم المختلفة

---

(1) – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج24 ص: 78-79

(2) – ينظر : ابن اللحام ، **القواعد الفوائد الأصولية** ، ط1 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1995 م) ، ص:14 .

(3) – العيني ، **البناية شرح الهداية** ، ج6 ص:270 .

(4) – ينظر إلى المراجع السابقة .

المعتبر في هذا الفرع هو الإكراه التام و ليس الإكراه الناقص ، فالذي عليه الاتفاق بين الفقهاء أن الإكراه الناقص لا يسقط الحد و لا القصاص .

و لقد فصل علماء الأصول في بيان أثر الإكراه على الجرائم المختلفة تفصيلا يتناسب مع كل جرم ، و يختلف هذا التأثير باختلاف الجرم الذي اقترفه الجاني ، و ملخص ذلك:

1- إكراه تام يسقط العقوبة و ليس فيه مؤاخذة ، كمن أكره على شرب الخمر ، فهذا الموضع هو موضع الضرورة ، و تقرر شرعا : أن الضرورة تحول المحظور إلى مباح بل إلى واجب في حالة مخافة تفويت النفس و تفصيل ذلك :

أن الإكراه من ناحية الشرع لا يسقط التكليف [1]، و لكن بعض الواجبات العينية تصبح بالإكراه مخيرة ، فإن شارب الخمر قبل الإكراه واجب عليه وجوبا عينيا أن يترك شربه من غير تخيير ، فأصبح تحت وطأة الإكراه مخير بين واجبين ، واجب المحافظة على النفس و واجب الامتناع عن الحرام ، فأصبح في حقه محظورا مباحا ، باعتبار أن **حفظ الأبدان مقدم على حفظ الأديان** بتقرير من الشرع .

2- إكراه تام يسقط العقوبة و لا يسقط النهي ، و لكن يرخص للمكره الواقع تحت التهديد الشديد القيام بالمنهي عنه ، كالنطق بكلمة الكفر أو الاعتداء على مال الغير .

فالنهي ما زال قائما ، و الكفر أو الاعتداء على مال الغير لا يحتمل الإباحة بحال ، فالجريمة قائمة ، إلا أن المؤاخذة سقطت بوجود الإكراه ، و أن الرخصة كان لها الأثر في تغيير حكم الفعل لا في تغيير وصفه و هي الحرمة[2] ، و لقد جعل الشارع الحكيم الفعل في هذا الموضع الذي هو تحت تأثير الإكراه عفوا ، قال ﷻ : ﴿ إِنَّمَا يَفۡتَرِي ٱلۡكَذِبَ

[1] – ينظر : البخاري ، **كشف الأسرار** ، ج4 ص:641 .

[2] – ينظر : ديب البغا ، **فقه المعاوضات** ، القسم الثاني ، ط4 (منشورات جامعة دمشق) ،ص: 161 .

ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡكَٰذِبُونَ ١٠٥ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ﴾(النحل ، الآية : 105–106) .

3– إكراه تام يترتب عليه المؤاخذة الأخروية ، فلا يباح بأي حال بل المكره في ذلك آثم ، أما من ناحية المؤاخذة الدنوية و التي تكون بالعقوبة ، فقد اختلفت فيه مآخذ الفقهاء ، كالإكراه على القتل أو الإكراه على الزنا .

و ستتضح موازنة الفقهاء بين العقوبة و العفو في هذه المسألة من خلال التطبيقات الموالية .

الفرع الثالث
تطبيقات المسألة

من تطبيقات المسألة التي توضح كيف وازن الفقهاء بين الإكراه الذي يسقط العقوبة وبين الإكراه الذي لا يسقطها : الإكراه على القتل و الإكراه على الزنا .

و إنما اكتفينا بهذين المثالين باعتبار أن المحل واحد بمعنى : أن الزنا في حقيقته يعتبر قتلا ، لأن فيه قتل النفس بضياعها[1] باعتبار و لد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه ، فلا يستباح بضرورة ما كالقتل ، فتشابها من هذه الجهة .

– المسألة الأولى : الإكراه على القتل .

الذي عليه جمهور الفقهاء على أن الإكراه على القتل لا يسقط العقوبة ، لكنهم اختلفوا على من توقع العقوبة على المباشر أم على الآمر و الحامل .

و قد ذكر ابن رشد أن في المسألة ثلاثة مذاهب :

(1) – ينظر : ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار**، ج6ص: 137 .

أ- مذهب يرى أنه يقتل قصاصا الآمر دون المباشر ، و هو الراجح عند فقهاء الحنفية ، وهوأحد قولي الشافعية [1] .

ب- مذهب يرى قتل المباشر دون الآمر ، و هو أحد قولي الشافعية [2].

ج- مذهب يرى قتلهما جميعا ، و به قال المالكية[3] .

ووجه كل مذهب :

- **فوجه المذهب الأول** : أن اختياره كان فاسدا ، فلم يترتب عليه شيء من حكم القتل ، و لا يدل لزوم الإثم على بقاء الحكم ، كما لو قال لغيره : اقطع يدي فقطعهما كان آثما ولا شيء عليه من حكم القطع ، بل يجعل كأن الآمر فعل بنفسه[4] .

- **ووجه المذهب الثاني** : أنه يقتص من الآمر ، لأن الإكراه يراد في المكره داعية القتل غالبا له ، ليدفع الهلاك عن نفسه و قد آثرها بالبقاء[5] .

- **و وجه المذهب الثالث** : يقتل المكره (بالكسر) لتسببه ، و المكره (بالفتح) لمباشرته[6].

و مآخذهم في ذلك :

فالذي أسقط القصاص عن المباشر دون الآمر ، فذلك تشبيها من لا اختيار له ، ولفساد اختياره لم يكن عليه شيء من حكم الفعل ، فكان بمثابة المعفو عنه فيمن لا اختيار له .

---

[1] – ينظر : البخاري ، **كشف الأسرار** ، ج4 ص:648 ، و ينظر : ابن زكريا الأنصاري ، **أسنى المطالب** ، ج4 ص: 7–8 .

[2] – ينظر : ابن زكريا الأنصاري ، **أسنى المطالب** ، ج4 ص:7–8 .

[3] – ينظر : ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج6 ص:21–22 .

[4] – ينظر : البخاري ، **كشف الأسرار** ، ج4 ص: 648 .

[5] – ينظر : ابن زكريا الأنصاري ، **أسنى المطالب** ، ج4 ص: 7–8 .

[6] – ينظر : عليش ، **منح الجليل شرح مختصر خليل** (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) ، ج9 ص:23 .

و أما الذي أسقط العقوبة عن الآمر دون المباشر فتغليبا لجانب الاختيار فيه .

و أما الذي أقام العقوبة عليهما جميعا ، فكذلك غلب جانب الاختيار في المباشر ، وهذا باعتبار أن المكره متردد بين جهة الاختيار و جهة المضطر المغلوب ، أما من جهة الآمر فهو المتسبب لذلك.

لكن الذي يهم في هذه المسألة هو المباشر و ليس الآمر باعتبار أن فعل القتل حقيقة أتى من المباشر .

فالظاهر مما تقدم من عرض التفصيل الفقهي للمسألة ، أن بعض الفقهاء أقاموا عليه القصاص و بعضهم الآخر أسقط عنه القصاص ، و التوجيهات و المآخذ السابقة كانت مبنية على التفصيل الآتي :

أ- من نظر إلى القصاص كونه عقوبة ، فإن ذلك يستدعي جناية كاملة ، والمباشر قد نقص اختياره ، ومع نقصانه نقصت الجناية و هذا ظاهر ، فكان العفو أولى من العقوبة .

ب- و من نظر إلى القصاص كونه عوض ، فإن ذلك يستدعي إتلاف نفس مقابل ذلك ، اعتبر المباشر قاتلا ، فترجحت العقوبة من هذه الجهة .

المسألة الثانية : الإكراه على الزنا .

الراجح عند فقهاء الحنفية و الصحيح عند فقهاء الشافعية أن المكره على الزنا ليس عليه حد،واستدلوا على ذلك بحديث:﴿ **رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه** ﴾.[1]

و التوجيه الفقهي لدرء الحد عن المباشر في هذه المسألة : أن الإكراه على الزنا متصور فالانتشار تقتضيه الطبيعة عند الملامسة ، و هو دليل متردد ، لأنه قد يكون من غير

(1)- سبق تخريجه.

قصد ، فقد يكون الانتشار طبعا لا طوعا كما في النائم ، و لهذا التردد أورث في الموضع شبهة قوية سقط بها الحد [1].

أما بالنسبة للمرأة ، فإنه لم يوجد منها فعل الزنا ، بل الموجود هو التمكين ، و قد خرج من أن يكون دليل الرضا بالإكراه ، فيدرأ عنها الحد [2].

الحاصل من المسألتين :

فالفرق بين المسألتين ، أن الإكراه على القتل لا يسقط العقوبة ، فالعقوبة ثابتة إما للمباشر أو الآمر على اختلاف الفقهاء في ذلك ، أما الزنا فالظاهر عند المذاهب الفقهية زيادة على المذهب الحنفي و الشافعي ، أنهم يسقطون العقوبة بالإكراه و يجعلون ذلك عفوا لتمكن الشبهة في ذلك .

و هذا يقتضي ما يلي :

1- أن الإكراه التام على الأفعال إن كان يتعلق به حق من حقوق الله ﷻ كالإكراه على شرب الخمر أو الزنا ، فإن له تأثير في إسقاط الحد ، بخلاف إن كان يتعلق به حق من حقوق العباد ، كالقتل ، فلا خلاف أن الإكراه ليس له تأثير في إسقاط العقوبة ، بل العقوبة ثابتة على الآمر و إن كان هناك اختلاف في المباشر [3].

فالأول باعتبار أن **حقوق الله ﷻ مبنية على المسامحة** ، و دواعي العفو فيها قوية لتمكن الشبهة .

---

[1] – ينظر : العيني ، **البناية شرح الهداية** ، ج6 ص:270 ، و ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص:188 .

[2] – ينظر : الكاساني ، **البدائع** ، ج6 ص:187 .

[3] – ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج5 ص:313 .

أما الثاني فاعتبار أن **حقوق العباد مبنية على المشاحة** و دواعي العقوبة فيها قوية .

مطلب الثالث

التأويل الفاسد

ليس المقصود من المطلب البحث عن التأويل الأصولي الذي يستفاد من دلالته معرفة مقصود الأحكام ، و إنما بيان أثر التأويل الفاسد الذي اتفق الفقهاء على فساده من خلال تصرف الصحابة رضي الله عنهم في الوقائع التي حدثت بعد وفاة النبي ﷺ و ذلك في موضعين مشهورين :

أحدهما : – ترجيح جانب العقوبة على شارب الخمر المتأول ، و قد جاء نص الواقعة كما يلي : أن قدامة بن مظعون شرب الخمر ، فقال له عمر رضي الله عنه : ﴿ **ما حملك على ذلك ، فقال : إن الله تعالى يقول :** ﴿ لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّـٰلِحَـٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟ إِذَا مَا ٱتَّقَوا۟ وَّءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّـٰلِحَـٰتِ ثُمَّ ٱتَّقَوا۟ وَّءَامَنُوا۟ ثُمَّ ٱتَّقَوا۟ وَّأَحْسَنُوا۟ ۗ وَٱللَّهُ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ (المائدة :93) ، **و إني مهاجر من أهل بدر و أحد** ، **فطلب عمر رضي الله عنه من الصحابة أن يجيبوه ، فقال ابن عباس رضي الله عنه : إنما أنزلها الله تعالى عذرا للماضين لمن شربها قبل أن تحرم ، و أنزل :** ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَـٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَـٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (المائدة : 90) **حجة على الناس ، و قال عمر رضي الله عنه : إنك أخطأت التأويل يا قدامة إذا اتقيت اجتنبت ما حرم الله عليك** ﴾ [1].

[1] – أخرجه البيهقي في **السنن الكبرى** ، كتاب الأشربة و الحد فيه ، باب من وجد منه ريح شراب ، رقم : 17970 ، ج8 ص:315 .

و قد أقام عمر بن الخطاب ﷺ الحد على قدامة ، و لم يشفع له أنه بدري أو مغفور له،فتبين أن المغفرة من الله ﷻ لا تسقط الحدود الواجبة في الدنيا ، و قد يستدل به على أن التوبة ليس لها أثر في إسقاط العقوبة بأي حال .

فهذا نوع من التأويل لم يعتبر في إسقاط العقوبة ، لأنه لا يقارن به في درء الحد ، و لا يمكن أن يكون شبهة ، و لعل أن الحدود التي هي حقوق الله ﷻ و التي ثبتت بأدلة الإثبات القاطعة ، اكتسبت من القوة في تنفيذها و ضرورة العقوبة فيها ، بحيث لم تؤثر فيها أسباب الصلاح كالتوبة و الاستغفار التي فيها دلالة على تحقق معنى الزجر في الجاني فهناك فرق بين توبة الجاني قبل الظفر عليه و بين التوبة بعد الظفر .

و من جهة أخرى فإن الشرع لم يعط اعتبارا لشخصية الجاني عند تحقق إثبات الجريمة ، خاصة إذا ادعت هذه الشخصية الجهل المكسو بثوب التأويل الفاسد ، و إنما أكد على تمكين العقوبة و تنفيذها ،و حذر من عواقب تعطيلها .

– **ثانيها** : مااتفق عليه الفقهاء في قضية البغي ، و هو : خروج طائفة على الحاكم بتأويل يبيح لهم ذلك في نظرهم ، فهذا تأويل فاسد بالاتفاق و يعتبر بغيا لا يخرج أصحابه عن الملة و لا يكفرون و إنما هم مسلمون[1] .

و قد نقل في مسألة معاقبة البغاة مذهبان :

– ما ذهب إليه فقهاء الحنفية و المالكية ، أن ما أتلفه من مال أو نفس لا يضمن إذا قدر عليه .

– ما ذهب إليه فقهاء الشافعية على أنه يضمن .

---

[1] – ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص:129 ، و ينظر : ابن الحاجب ، **جامع الأمهات** ، تحقيق : أبي الفضل بدر العمراني ، ط1 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 2004 م) ،ص:335 ، و ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص:163 ، و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج10 ص:46 .

فوجه المذهب الأول : أن لهم في الاستحلال تأويلا في الجملة و إن كان فاسدا ، لكن

لهم منعة ، و التأويل الفاسد عند قيام المنعة يكفي لرفع الضمان كتأويل أهل الحرب[1] .

و وجه المذهب الثاني : أن الباغي جان يستوي في حقه وجود المنعة و عدمها ، لأن الجاني يستحق التغليظ دون التخفيف [2].

لكن الأظهر عند الشافعية عدم الضمان في حال القتال لضرورة [3].

و قد اختلفت الروايات في ذلك في كلا المذهبين و كثرت ، لسبب يتعلق بفقه التنزيل.

و أقصد بذلك : هل إذا ظفر بالخارجين عن الحاكم ، ينزلون منزلة المحارب أم منزلة البغاة .

فالمسألة تحتاج إلى تفصيل فقهي على طريقة فقهاء الشافعية ، لأن طريقتهم قد أخذ بها المذاهب الأربعة .

فيشترط فقهاء الشافعية في البغي اجتماع أمرين حتى يسمى الفعل بغيا و هما : الشوكة و التأويل ، و يقصد بالشوكة المنعة على رأي فقهاء الحنفية و المالكية ، تبرز قوتهم وغلبتهم .

و التأويل المقصود هو : الاعتقاد بجواز الخروج على الحاكم ، فإن خالف من غير تأويل كان معاندا للحق[4] .

---

[1] – ينظر: الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص:129 ، و ينظر : ابن الحاجب ، **جامع الأمهات** ص:335 .

[2] – ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص:163 .

[3] – ينظر : المرجع نفسه و الصفحة نفسها .

[4] – ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 160 .

فإن كانوا بلا شوكة و لا منعة ، ففي هذه الحالة ينزلون منزلة قاطع الطريق ، فيضمنون و تجري عليهم أحكام قاطع الطريق في العقوبة ، فلا عفو عنهم عند الظفر بهم لأنه لو أسقط عليهم الضمان في هذه الحالة، لم تعجز كل فرقة تريد إتلاف نفس أو مال

أن يدعي تأويلا و تفعل من الفساد ما تشاء [1].

فإذا تبين بغيهم و ألقوا السلاح ، فإن دمائهم و أموالهم معصومة ، و يرى القرطبي في تفسير كلمة العدل في قوله ﷻ : ﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ٱقۡتَتَلُواْ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَاۖ فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ فَإِن فَآءَتۡ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَا بِٱلۡعَدۡلِ وَأَقۡسِطُوٓاْۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ ﴾ (الحجرات :9) ، ومن العدل في صلحهم ألا يطالبوا بما جرى بينهم من دم و لا مال ، فإنه تلف على تأويل[2].

فانظر إلى هذه المسألة كيف تصرف الصحابة – رضوان الله عليهم – مع البغاة عند الظفر بهم و حكموا بعدم ضمانهم ، و هذا ليس فيه دليل على سقوط العقوبة عنهم ، وإنما الذي يلتمس من ذلك أن الصحابة مالوا إلى العفو في حكمهم أكثر من ميلهم إلى جانب العقوبة ، فالمعول مما نقل من سيرة الخلفاء الراشدين مع تعاملهم مع البغاة ، أنهم في حروبهم لم يتبعوا مدبرا و لا ذففوا على جريح و لا قتلوا أسيرا ، ولا ضمنوا نفسا ولا مالا[3] .

---

(1) – ينظر : المرجع نفسه ، ج4 ص:163 .

(2) – ينظر : القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج16 ص: 226–227 .

(3) – ينظر : المصدر السابق ، ج16 ص:227 .

و الأمر في حقيقته بخلاف الموضع الأول (المتأول في شرب الخمر) ، ذلك شرب الخمر إنما هو حق من حقوق الله ﷻ ، و لا يمكن أن تسقط حقوق الله ﷻ بعفو أو شفاعة حاكم أو محكوم كما تقرر سابقا .

و لذلك حتى مسألة البغي ، فإن الذي تقرر فقها أن الباغي إذا ارتكب جرائم لا تقتضيها طبيعة المغالبة ، فإنه يعاقب بحسب الجرم إن كان شرب الخمر أو الزنا عقوبة أصلية ، ولا يعفى عنه بأي حال[1] .

أما إذا اقترف الباغي من جرائم تقتضيها مقتضيات الحرب و المغالبة ، فالغالب أن التأويل في هذا الموضع معتبر ، لأن المسألة تدخل ضمن سياسة الأمم التي تقوم على اعتبار المصالح ، خاصة إذا كان الأمر يتعلق بمصلحة الأمة ، فكان من آثار ذلك ، أن سلك في البغاة مسلك العفو بحسب ما يراه الحاكم ، مراعاة لمبدأ الأصلح لهم ، لأن في ذلك مصلحة راجحة على مصلحة العقوبة ، فإن سقوط الضمان في الباغين قطع الفتنة واجتماع الكلمة ، و في طلبهم تنفير لهم عن الصلح [2].

لكن لا بد من تنبيه مفاده : فإن القول بترجيح جانب العفو في مسألة البغاة لا يدل على سقوط العقوبة بالكلية ، فقد يعاقب الحاكم البغاة معاقبة تعزيرية خاصة إن علم أن لهم فئة ينحازون إليها ، فالأمر ليس بالسهل و إنما يوازن الحاكم من أهل العدل في شأنهم بحسب مصلحة الأمة[3] .

[1] — ينظر : الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج4 ص: 163 .

[2] — ينظر : المرجع السابق نفسه ، و ينظر : القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ج16 ص:227 .

[3] — ينظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص:127 .

الفصل الثاني

التطبيقات الأصولية



و يتضمن المباحث التالية :

- **المبحث الأول** : تنزيل الحاجة منزلة الضرورة
- **المبحث الثاني** : استثمار سد الذرائع .
- **المبحث الثالث** : استثمار وجه الاستحسان .

المبحث الأول

تنزيل الحاجة منزلة الضرورة

و فيه بيان منزلة الضرورة مقارنة مع منزلة الحاجة ، وما هي **الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة** والتي من خلالها رجح الفقهاء العفو على العقوبة ، و تطبيقات ذلك من خلال تصرف خليفة المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ .

المطلب الأول

منزلة الضرورة

في حقيقة الأمر أن الحاجة دون منزلة الضرورة من حيث المعنى الذي وضعت له و من حيث الترتيب الأصولي عند موضع التعارض .

فمن حيث المعنى فالفرق بينهما ، إن كانت حالة جهد و مشقة ترتبت على ذلك حرج و ضيق ، فإن هذه المنزلة هي منزلة الحاجة دون الضرورة .

من حيث الترتيب الأصولي ، فالمعلوم أن الضروريات هي أعلى مراتب المقاصد ، تعتبر بمثابة الأصل للحاجيات التي تعتبر مكملة لها ، و أن **تحصيل الأصل أولى بالاعتبار** ، لأن حفظ المصلحة يكون بالأصل ، و غاية المكملة أنها كالمساعد ، فإذا عارضته سقط بها الاعتبار ، و بيان ذلك : أن حفظ المهجة مهم كلي و حفظ المروءات مستحسن ، فحرمت النجاسات حفظا للمروءات ، فإن دعت الضرورة إلى إحياء المهج بتناول النجس ، كان تناوله أولى بالاعتبار[1] .

[1] – ينظر : الشاطبي ، **الموافقات** ، ج2 ص:11

و ضابط العمل بالضرورة ، مراعاة **درء الأفسد فالأفسد** و الأرذل فالأرذل عند الدفع واجتماع المفاسد [1]، و قد تقدم من الأمثلة في مطلب الإكراه ما يثبت ذلك ، كالإكراه على القتل ، فيلزمه أن يدرأ مفسدة القتل بالصبر على القتل ، لأن صبره على القتل أقل مفسدة من إقدامه عليه ، فيقدم درء القتل بالصبر على القتل ، و من أكره على شرب الخمر أو غص و لم يجد ما يسيغ به الغصة سوى الخمر ، فإنه يلزمه الشرب حفظا لحياته و إذا اضطر إلى أكل مال الغير كله كان له ذلك ، لأن فوات النفس أعظم من إتلاف مال الغير و أن حفظ الحياة أعظم في نظر الشرع من رعاية المحرمات .

فالملاحظ من خلال ما تقدم ، أن الضرورة في حد ذاتها ليست في مرتبة واحدة ، بمعنى: أنه لا تراعى ضرورة إلا و قد تم الإخلال بضرورة أخرى عند التعارض ، فهي مراتب تختلف باختلاف اهتمام الشرع بها ، مبني على الموازنة بين ما هو الأهم من المهم من مراتب الضرورة .

المطلب الثاني

تغليب الحاجة على الضرورة الحقيقية

المعلوم أن الشارع الحكيم اعتنى بالحاجيات عناية تقرب عنايته بالضروريات ، باعتبار أنها مكملة لها ، و أن الإخلال بها هو في حقيقته إخلال بالضرورة .

و لذلك ، فإن **الضرورة تستوجب كمالها** ، بمعنى : أن المكلف إذا و قع موقع المخمصة و الحاجة الشديدة استوجب لكمال ذلك جلب اليسر و رفع الحرج ، و يباح المحظور ويترك الواجب .

---

[1] – ينظر : العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج1 ص:79 .

و قد تقرر أن الشارع جعل أسبابا في حقيقتها هي مصالح للعباد تدخل ضمن الحاجيات ، قد رغب في تقديمها عند وجود الضرورة ، فنجد أن الشارع الحكيم شرع مع القصاص الذي فيه حفظ النفوس العفو و ندب إليه .

و جعل أسبابا أخرى تعتبر أعذار طارئة يتحقق معها حصول التخفيف و رفع الحرج ، و لذلك كانت الرخص سببا في تقديم الحاجة على الضرورة استثناءا .

فتقرر عند علماء القواعد الفقهية و علماء الأصول أن **الحاجة إذا عمت أو خصت كانت كالضرورة** ، و أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة و تغلبها[1] .

و قد تأثر النظام العقابي بهذا التنزيل ، فقد وجد من خلال أعمال الخلفاء الراشدين أنهم قدموا العفو على العقوبة عند الحاجة و إنزالها مرتبة الضرورة رغم وجود أدلة الإثبات ، و ذلك يظهر جليا في رفع أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لحكم القطع في عام الرمادة .

المطلب الثالث

تطبيقات المسألة

من تطبيقات المسألة ما فعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﵁ في عام الرمادة ، ونص الواقعة هو : ﴿**عن يحي بن عبد الرحمن بن حاطب ، أن رقيقا لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة ، فانتحروها ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب ، فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ، ثم قال عمر : أراك تجيعهم ، ثم قال : و الله لأغرمنك غرما يشق عليك**﴾[2] .

[1] – ينظر :الزركشي ، **المنثور في القواعد الفقهية** ، ج2 ص: 24 ، و ينظر : السيوطي ، **الأشباه و النظائر** ، ص:117 .

[2]– أخرجه مالك في **موطئه** ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضواري و الحريسة ، رقم : 1431 .

قال الداودي : « غلط من ظن أن القطع نفذ ، و إنما كان عمر أمر بقطعهم ، ثم قال : **أراك تجيعهم** ، ثم أمر بصرفهم و لم يقطعهم ، و عذرهم الجوع ، و هذا معلوم من سيرة عمر عام الرمادة ، فإنه لم يقطع سارقا »[1] .

و قد أفتى فقهاء الحنابلة بعدم قطع يد السارق لمجاعة أو عند الحاجة الشديدة ، و به قال ابن حزم الظاهري[2] .

و مأخذهم في ذلك : محض القياس و مقتضى الشرع ، لأن المجاعة تغلب على الناس الحاجة ، فلا يكاد يسلم السارق من حاجة تدعو إلى سد رمقه ، يكثر فيها المحاويج والمضطرون ، و لا يتميز المستغني منهم و السارق لغير حاجة مع غيره ، فاشتبه من يجب عليه الحد مع من لم يجب عليه ، فأضحت الشبهة شبهة قوية سقط بها الحد[3] .

و تصرف أمير المؤمنين كان مبنيا على الشرع ، فقد تضافرت الأدلة على ذلك منها :

1- ما أخرجه ابن ماجة عن أبي بشر بنت إياس قال : ﴿ **سمعت عباد بن شرحبيل – رجل**

من بني غبر – قال : أصابنا عام مخمصة ، فأتيت المدينة فأتيت حائطا من حيطانها ، فأخذت سنبلا ففركته و أكلته و جعلت في كسائي ، فجاء صاحب الحائط ، فضربني و أخذ ثوبي ، فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته ، فقال للرجل : ما أطعمته إذا كان جائعا أو ساغبا ، و لاعلمته إذ كان جاهلا ، فأمره النبي ﷺ فرد إليه ثوبه و أمر له بوسق من طعام أو نصف وسق ﴾[4].

---

[1] – ينظر : الباجي ، **المنتقى شرح الموطأ** ، ج7 ص: 443-444 .

[2] – ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج10 ص:281 ، و ينظر : ابن حزم ، **المحلى** ، ج1 ص: 343 .

[3] – ابن قيم الجوزية ، **إعلام الموقعين** ، ج3 ص: 12 .

[4] – أخرجه ابن ماجة في **السنن** ، كتاب التجارات ، رقم : 2289 .

2- حديث عبد الله بن عمرو بن العاص – رضي الله عنهما – **عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن التمر المعلق ، قال : من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه** [1].

قال الصنعاني شارحا للحديث : « إذا أخذ المحتاج بفيه لسد فاقته فإنه مباح له »[2].

و لعل قول عمر بن الخطاب « **أراك تجيعهم** » مطابقا لسنة رسول الله ﷺ في التعامل مع الرقيق لما روي أن رسول الله ﷺ قال : **إخوانكم خولكم ، جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان إخوة تحت يده فليطعمه مما أكل و ليلبسه مما يلبسه مما يلبس و لا تكلفوهم ما يغلبهم ، فإن كلفتموهم فأعينوهم** [3].

و التنبيه في ذلك : أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ لم يخالف نصا أو عطل حكما ، و إنما كان قضاؤه وفق الشرع و مقتضى القواعد العامة ، ذلك أن الشارع الحكيم لم يقصد من التكليف المشقة و الإعنات[4] .

و تصرفه ﷺ إنما يفهم من خلال حقيقتين :

أولاهما : أن سلطان الحاجة و أساس اعتبار المصلحة إنما يكون تأثيره قويا على وصف الفعل لا في أصل الحكم ، فإن هذا التصرف لم يبطل حكما شرعيا ، فحكم القطع ثابت على كل سارق بالمعنى الشرعي للسارق ، و إنما التغيير حصل فيما كان الفعل محرما أصبح مع الحاجة في حكم العفو .

---

[1] – أخرجه البخاري في **صحيحه** ، كتاب الأيمان ، رقم : 29 .

[2] – الصنعاني ، **سبل السلام** ، ج4 ص: 44 .

[3]– أخرجه البخاري في **صحيحه**، كتاب الإيمان باب المعاصي من أمر الجاهلية ولا يكفر صاحبها رقم : 30

[4] – ينظر : الشاطبي ، **الموافقات** ، ج2 ص: 121-122 .

ثانيها : أن الحاجة و الضرورة مضبوطتان بضوابط مادية بعيدا عن الأوهام ، والأمر يختلف و تتناسب فيه الأحوال ، فليس كل حاجة سببا في سقوط العقوبة ، و لذلك قال ابن قدامة ضابطا المسألة السابقة أن ذلك محمول على من لا يجد ما يشتري به أو يجد ما يشتري به ، فإنه له شبهة في أخذ ما يأكله[1] .

المبحث الثاني

استثمار سد الذرائع

من جملة الأصول التي استعملها الفقهاء للموازنة بين العفو و العقوبة ، سد الذرائع والتي توسع فيها خاصة فقهاء المالكية ، وقد تقرر في الفصل السابق أن من أسس الموازنة المصلحة ، و قد بني هذا الأصل على الموازنة بين المقاصد و الوسائل مراعاة للمصالح .

و الغرض من هذا المطلب ليس التأصيل ، و إنما بيان أوجه التطبيقات التي استعملها الفقهاء في استثمار هذا الأصل في الموازنة بين العقوبة و العفو .

المطلب الأول

سد الذرائع في مقام الشرع

المعلوم أنه من لوازم العناية بالمصالح و المفاسد ، العناية بأسبابها و ذرائعها ، و بقدر ما تعظم المصلحة يعظم حكمها ، و تعظم وسيلتها ، و يزداد اعتبارها ، و بقدر ما تعظم

[1] – ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج10ص:281 .

المفسدة ، تعظم وسيلتها ، و يزداد قبحها ، يقول القرافي : « و الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، و إلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، و إلى ما يتوسط متوسطة»[1].

و من تصرفات الشارع الحكيم ، أنه رغب إلى كل وسيلة لها أثر كبير في إصلاح الجناة ، كالتوبة و العفو في مواطن العفو ، و شدد في منع كل وسيلة قد تفضي إلى المقبحات و قبح وسائلها .

و لذلك شدد الشارع الحكيم في العقوبة حتى يتحقق الردع قبل إتيان وسائل الفساد فكان القطع رادعا للسرقة و كان الجلد رادعا للزنا و القذف و كان القصاص رادعا للقتل المتعمد العدوان ، بل الملاحظ أن هناك تناسبا بين زيادة النعم و تغليظ العقوبة ، فإذا أنعم الله ﷻ على عبده بنعمة ، و عصى الله فيها بتعديه الحدود ، فإن العقوبة تغلظ كالإحصان مع الزنا ، فجاءت عقوبة الرجم .

لذلك ، كان هذا الأصل (سد الذرائع) في مقام غلق باب الفساد أو ما يؤدي إلى ذلك ، حتى لا تجترئ النفوس الضعيفة على محارم الشرع .

المطلب الثاني

مبنى سد الذرائع

إن هذا الأصل ليس في متناول الجميع ، لأن معرفة المفاسد و ترتيبها ، و معرفة المصالح و ترتيبها ، يحتاج إلى فقه معرفة الفاضل من المفضول ، و المقدم من المتأخر ، و لذلك فقد يختلف الفقهاء في بعض رتب المصالح و المفاسد ، و هذا يستلزم الاختلاف في تقديمها

---

[1] — ينظر : القرافي ، **الفروق**، ج2 ص: 39 .

عند تعذر الجمع ، سواء تقديم درء المفسدة أو جلب المصلحة ، زد على ذلك توفيق من الله ﷻ في معرفة رتب المفاسد ، خاصة في درء أعظمها بأخفها عند التزاحم[1] .

لذلك ، فإن سد الذرائع يقوم على درجة الاحتمال و نسبة الإفضاء إن كان محققا أو نادرا أو غالبا ، و هذا يحتاج إلى فقه الموازنة ، و يقرر حقيقة أصولية مفادها : أن الذرائع كما يمكن سدها يمكن فتحها ، و أن هذا الأصل قائم على التغليب في حسم مادة الفساد أو فتح باب الصلاح ، قال ابن عبد السلام : « و الاعتماد في جلب معظم مصالح الدارين و درء مفاسدها على ما يظهر على الظنون ، و للدارين مصالح إذا فاتت فسد أمرها ، و مفاسد إذا تحققت هلك أهلها ، و تحصيل معظم هذه المصالح بتعاطي أسبابها مظنون غير مقطوع »[2].

المطلب الثالث

من موجبات العمل بسد الذرائع

إن العمل بهذا الأصل ، أوجب على الفقهاء التوقي و الاحتياط لما يتوقع من المفاسد التي تحصل خاصة من تلك الجرائم التي قررت لها عقوبات شديدة كالحدود و القصاص ، فشدتها استلزمت شدة الإثبات .

فقد لزم على الحكام و القضاة خاصة في أحكام الدماء و الأعراض و الأموال عند إقامة الشهادة عليها الإثبات ، بعيدا عن الهواجس أو مجرد التخيلات ، فلا بد أن يراعى في ذلك التوقعات الراجحة أو قريبة من ذلك .

---

[1] – ينظر : العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج1 ص:66 .

[2] – المصدر السابق نفسه ، ج1 ص:3 .

و هذا يقتضي معرفة مواطن العفو و مواطن العقوبة ، خاصة إذا استشكل على الفقيه في أمر الجاني الذي لم يصل أمره إلى الحاكم ، فقد يكون العفو عنه ذريعة في تقوية شوكة المفسدين ، أو فيه ذريعة للإصلاح حالة الجاني بالتوبة و العودة إلى جادة الصواب.

و شدة الاحتياط التي كانت مسلكا للفقهاء في إثبات العقوبة ، إنما كانت تطبيقا لقاعدة مفادها : أن **الخطأ في العفو أفضل من الخطأ في العقوبة** ، و لأن مفاسد العقوبة عند التهمة أو الشبهة أعظم من مفاسد العفو .

لكن في المقابل ، فإن الفقهاء لم يبالغوا في شدة الاحتياط عند درجة التحقق القطعي للمفسدة أو عند إثبات العقوبة ، فلم يجيزوا العفو و لا الصلح على مال و لا الشفاعة من جهة قيام النصوص الشرعية على ذلك ، و من جهة ثانية ، فإن تحكيم العفو في الحدود أو في القصاص أو في التعزير عند تحقق الفجور في الجاني فيه من المفاسد العظيمة التي تفسد النظام العام و تنتهك حقوق الله ﷻ و تشجيع للمفسدين .

المطلب الرابع

درجات تحقق مفاسد العفو أو العقوبة

في غالب الأمر ، فإن أكثر ما يطلق اسم سد الذرائع على سد الأفعال و الوسائل التي تؤدي إلى الفساد ، و لما كانت حقيقة هذا الأصل مبنية على الموازنة بين المقاصد والوسائل ، فإن الأمر يحتاج إلى معرفة درجات المفاسد المتحققة ، باعتبار أن هذه الموازنة تقوم على نسبية الإفضاء في معرفة درجات المفاسد .

و هذا ملاحظ في الأحكام الشرعية التي تتعلق بالعفو أو العقوبة ، فقد تبين أن الشارع الحكيم ندب إلى العفو في بعض العقوبات ، و حرمه في بعضها الآخر ، فاستقرأ الفقهاء ذلك ، فتبين لهم أن الأمر يتناسب بحسب مفاسد العفو أو مفاسد العقوبة ، و أن هذه النسبية تتأرجح بحسب درجات تحقق المفاسد .

– **الدرجة الأولى ، التحقق القطعي** : فالملاحظ أن الشارع الحكيم لم يعط اعتبارا للعفو و الصلح و الشفاعة في العقوبات المقدرة بالنسبة للحدود عند الإثبات القطعي المبني على الأدلة المستمرة ، لما في ذلك من تحقق قطعي لمفاسد عظيمة الأثر على العامة ، فتمكين العفو في هذه العقوبات المقدرة ذريعة إلى الاستهتار بحدود الله ﷻ ، و فيه ما يفوت مقصد العقوبة التي من أجلها شرع الله ﷻ أحكامها .

– **الدرجة الثانية ، التحقق القريب من القطعي** : و ذلك من خلال اجتهادات الفقهاء في بيان مفسدة العفو في بعض العقوبات الأصلية كالقصاص ، و إن كان في هذا الموضع مندوب إليه ، و ذلك بالنظر إلى موضع معين يكون الجاني فيه قد كثر فساده و اشتدت شوكة الفجور فيه ، حتى أضحى العفو عنه محققا لمفسدة الإفلات من العقاب ، أو ما تؤدي إليه مفاسد التحقق القطعي .

من ذلك : المعلوم أن العفو مندوب في القصاص ، و قبل الوصول إلى الحاكم بالنسبة للحدود ، لكن الفقهاء ضبطوا الأمر بحسب النظر إلى حال الجاني ، فإن كان مشتهرا بالفساد معروفا بالفجور ، فإن العفو عنه مفسدة .

و الملاحظ أن الفقهاء راعوا مسألة حق العفو للعبد في القصاص ، فإن عفا العبد عن الجاني في القصاص ، فإن فقهاء المالكية تداركوا الأمر حتى مع وجود هذا الحق .

فقد حكموا على الجاني القاتل قتل عمد المعفى عنه بضربه مائة جلدة و حبس عام [1].

- **الدرجة الثالثة ، التحقق الغالب** : و فيها يتبين كيف حكم الفقهاء التوقعات الراجحة المبنية على التغليب ،و كيفية ترتيبهم للمفاسد ، و إن كانت هذه القضية عسيرة المأخذ خاصة في معرفة مآخذ الفقهاء في المسائل المختلفة التي تتعلق بهذا الموضوع ، و كل في ذلك يدلي دلوه .

و من تطبيقات هذه الدرجة : - الغالب في الشهادة الصدق ، فإذا شهد ثلاثة شهود في الزنا ، فإن الشارع الحكيم لم يحكم بكذبهم ، بل أقام الحد عليهم من حيث أنهم قذفوا لا من حيث أنهم شهود زور ، سدا لذريعة إفشاء ستر المدعي عليه [2].

- إلغاء الشارع الحكيم الحكم بالتهم و قرائن الأحوال كأصل عام ، دون الإقرار الصحيح و البينات المعتبرة ، سدا لذريعة هتك الأعراض بالتهم ، لكن نجد في مقابل ذلك ، أن الفقهاء أجازوا ذلك للحكام في بعض المواضع التي اشتدت فيه التهمة ، لأن العمل بالتهم في هذه المواضع الغالب فيه مصادفته للصواب و النادر خطؤه [3].

المطلب الخامس

من أثر العمل بسد الذرائع

من جملة ما تحصل من أحكام فقهية تتعلق بالعفو أو العقوبة من خلال إعمال هذا الأصل :

---

[1] – ينظر : النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، ج2 ص:185 .

[2] – ينظر : القرافي ، **الفروق**، ج4 ص: 105 .

[3] – المصدر نفسه و الجزء و الصفحة نفسها .

1- ليس للسلطان حق العفو في الحدود و القصاص ، وإنما الواجب عليه تنفيذ العقوبة عند الإثبات ، سدا لذريعة إسقاط العقوبة بدعوى السلطان [1].

2- النهي عن إقامة الحدود بغير سلطان و بغير شهود ، قطعا لذريعة سفك الدماء بدعوى يدعيها عليه من يريد أن يبيح دمه [2].

3- عدم جواز قضاء القاضي بعلمه في الحدود و غيرها ، لأن ذلك يفضي إلى تهمة القاضي بالحكم بالتشهي ، و لأن **الحدود مبنية على الستر**[3] .

4- العصيان ليس سببا لإسقاط العقوبة [4]، فمن شرب الأدوية المخبئة و قتل فعليه القصاص ، لا يعذر لهذا السبب ، فلو عفي عنه أخذا بقاعدة : أن أسباب العقوبات يشترط فيها العلم و القصد ، فإن ذلك يفضي إلى أن يصير عصيانه سببا لإسقاط العقوبة.

5- و قد مكن الفقهاء في بعض حالات الضرورة العقوبة من غير عفو ، كمسألة الإكراه على الزنا أو الإكراه على القتل ، فإنه من قتل بالإكراه و لو كان بقتل نفسه ، فإنه عليه القود ، و من زنا تحت وطأة الإكراه ففيه خلاف [5].

6- قتل الجماعة بالواحد ، فقد ذهب فقهاء الحنفية و المالكية إلى ترجيح جانب العقوبة التي هي القصاص عليهم جميعا .

---

[1] – قد تقدم بيانه في المبحث الأول للفصل الأول من **الباب الثالث في الأصول الشرعية للعقوبة** ص: 160 و ما بعدها .

[2] – كذلك تقدم ذكره في بيان الأصول الشرعية للعقوبة ص:160 و ما بعدها .

[3] – ينظر : الكاساني ، **البدائع** ، ج5 ص: 445–446 ، و ينظر : ابن فرحون ، **التبصرة** ، ج2 ص:47 ، و ينظر : الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج8 ص:246 ، و ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج11 ص:401 .

[4] – ينظر : البهوتي ، **كشف القناع** ، ج5 ص:521 .

[5] – ينظر : الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج5 ص:313 .

و مأخذهم في ذلك : أن القتيل معصوم و قد قتل عمدا ، وهذا فيه إهدار لأصل القصاص ، باتخاذ الاستعانة و الاشتراك ذريعة إلى القتل ، و ذلك إذا علم أنه لا قصاص في قتل الجماعة بالواحد [1].

و يزيد الكاساني المسألة توضيحا فيقول رحمه الله تعالى : « لأن القتل لا يوجد عادة إلا على سبيل التعاون و الاجتماع ، فلو لم يجعل فيه القصاص لانسد باب القصاص ، إذ كل من رام قتل غيره استعان بغيره .. ليبطل القصاص ، و فيه تفويت ما شرع له القصاص و هو الحياة » [2].

---

[1] – ينظر : الشاطبي ، **الاعتصام** ، ج2 ص:126 ، و ينظر : العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، ج1 ص: 166 ، و ينظر : ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج6 ص:33 .

[2] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج6 ص:280 .

المبحث الثالث

استثمار وجه الاستحسان

الملاحظ من جملة الفروع الفقهية المتعلقة بحفظ الدماء و الحدود ، أن الفقهاء وازنوا بين المنافع و المضار من خلال أصول استعملوها ، و ذلك من أجل ترجيح معنى العقوبة أو معنى العفو و ما يدل عليه أو ما يدخل في معناه ، و هذا الأمر يتجلى في استثمار أصلين من أصول الفقه الذي هو الاستحسان و القياس .

المطلب الأول

الأخذ بوجه الاستحسان مقابل القياس

فقد يأتي في المسألة الفقهية التي تتعلق بالعقوبات وجهان ، وجه استحسان لمعنى العفو و الآخر فيه وجه قياس ترجيحا لمعنى العقوبة أو يكون العكس ، فوازن الفقيه بينهما في ترجيح أحدهما مع بيان وجه الأخذ بأحدهما .

و كان هذا مبنيا على مراعاة القصد العام للشارع في الجملة ، و المقصود من ذلك : أنه قد يتعين ترجيح وجه الاستحسان على وجه القياس في القضية الواحدة ، تحقيق لمصلحة أو دفع مفسدة ، فيقدم الفقيه وجه الاستحسان في مقابل القياس ، تأسيسا لما عهدت عليه الشريعة و هو : أنه عند تنازع المنافع و المضار ، يقدم الذي يكون أكثر دفعا للضرر ، فدفع المضار مقدم على جلب المصالح ، و هذا يوافق قصد الشارع في الجملة ، فقد أقام الشارع أحكامه على دفع المفسدة مطلقا .

و لذلك ، فقد يقتضي العمل بوجه القياس فوت مصلحة أو جلب مفسدة ، أو قد يؤدي إلى الحرج الشديد أو حصول مشقة تنافي قصد الشارع ، و قد يؤدي ذلك إلى

مخالفة القواعد العامة .

و قد يكون في العمل بالاستحسان معنى أدق و أجل من العمل بوجه القياس ، فيه يتحقق أكبر قدر من المنافع أو دفع بالكلية للضرر ، فيوافق في ذلك قصد الشارع من التشريع .

و بغض النظر عن وجه الاختلاف في اعتبار الاستحسان مصدرا من مصادر التشريع ، أو على كونه موضع التشهي عند البعض ، و بغض النظر عن أدلة المخالفين و أدلة القائلين به ، و بعيدا عن بيان تفصيلاته من خلال بيان أنواعه عند من قال به ، أو بيان حقيقة معناه كونه استدلال مرسل أو كونه من جملة تخصيص العلة .

فمن شأن هذه المسائل أن تعلم في بابها الخاص ، وهو علم أصول الفقه ، فقد قتلت بحثا ، و بين علماء الأصول فيها محل النزاع .

فهذا كله ليس هو المقصود ، و إنما القصد من ذلك بيان ما ترتب من استثمار معنى الاستحسان مقابل القياس في باب الجنايات و العقوبات .

فقد تبين أن الفقهاء في باب العقوبات استثمروا الوجهين (وجه الاستحسان و وجه القياس) من خلال الموازنة بين إقرار العقوبة أو ترجيح العفو أو ما يدل على معناه أو ما يدعو إليه ، باعتبار أن العفو — في حقيقته — ترك للعقوبة .

فتجدهم تارة يرجحون وجه الاستحسان و تارة أخرى يرجحون وجه القياس ، و قد كان أساس ذلك كله مبني على اعتبار وجه المصلحة الشرعية .

و الاستحسان في حقيقته و بيان معناه ، باب من أبواب العمل بالمصلحة الشرعية ، باعتبار أن أساسه مبني على رفع الحرج و طلب السهولة ، و ترك العسر إلى اليسر كما

هو حاصل السرخسي في مبسوطه [1] .

و قد جمع ابن حزم بين الاستصحاب و الاستحسان ، و قصده من ذلك إبطال المصدرين ، فكان حاصل تعريفه للاستحسان أن قال بأنه : « الحكم بما رآه الحاكم أصلح في العاقبة و في الحال »[2] ، و إن كان هذا المعنى يوافق قاعدة **الأخذ بالأصلح** .

و القصد من بيان حاصل ابن حزم ، هو : أن حتى من أبطل العمل بالاستحسان كلية أشار إلى معنى الموازنة في هذا الأصل ، بغض النظر عن مفهوم هذه المقولة و المآخذ التي تؤخذ عليها .

و قبل بيان المعنى الذي يوافق المقصود من الموضوع ، لا بد من الإشارة إلى أمر مفاده : أن المصلحة المرجوة من العقوبة قد تكون في تطبيقها و إقامتها على الجاني ، و قد تكون في تطبيق معنى العفو أو ما يدل عليه ، و قد أكد هذا الأمر مرارا في المباحث السابقة .

و هذا لندل أن ترجيح لمعنى الاستحسان على وجه القياس ، ليس فيه دلالة على ترجيح العفو و ما يدل على معناه على العقوبة ، باعتبار أن العفو فيه معاني الاستحسان كاليسر و اللطف و الرحمة .

فقد يكون ترجيح لوجه الاستحسان مقابل القياس ترجيحا لمعنى العقوبة أو العقوبة ذاتها و يكون في وجه القياس الأخذ بالعفو أو ما يدل عليه.

و لعل أبين التعريفات للاستحسان و الذي يناسب الموضوع ، هو تعريف أبي الحسن الكرخي من فقهاء الحنفية ، بقوله : « هو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها ، لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول »[3] .

---

(1)– ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج1 ص: 250 .

(2) – ابن حزم ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، ج2 ص:132 .

(3) – نقلا من : البخاري ، **كشف الأسرار** ، ج4 ص: 8 .

و هذا التعريف فيه معنى الموازنة من حيث أن المجتهد وقع في اجتهاده بين مسألة جزئية و مسألة كلية ، فرجح المسألة الجزئية مقابل الكلية لمعنى أدق ووجه أقوى ، مع أن الغالب الأخذ بالكليات ، لأنه وقع له من موارد الأحكام أن الاشتغال بالكلية فيه ابتعاد لمقصود الشرع .

المطلب الثاني

تطبيقات المسألة

و لإنزال ذلك على القضايا الفقهية التي تتعلق بالعقوبات أمثلة كثيرة منها :

1- الذي عليه جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة[1] ، أنه إذا اشترك جماعة في قتل واحد قتلوا به جميعا ، كاجتماع رهط على قتل واحد فقتلوه ، طبق القصاص عليهم جميعا و هذا استحسانا ، أما قياسا فلا يلزمهم القصاص .

ووجه القياس : أن المعتبر في عقوبة القصاص من حيث المعنى هو : المساواة من غير زيادة و لا نقصان ، لما في الزيادة من الظلم و لما في النقصان من البخس في حق المعتدي عليه ، و لا مساواة بين العشرة و الواحد ، و هذا فيه ميل إلى ما يدعوا إلى العفو .

ووجه الاستحسان : أن تأسيس ذلك كان مبنيا على الأثر المروي عن عمر بن الخطاب في سبعة رهط من أهل صنعاء قتلوا رجلا ، فكان قضاء عمر ﵁ القصاص ،وقال: « **لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به** »[2] ، و هذا فيه ميل و ترجيح للعقوبة .

---

[1] – ينظر : سحنون ، **المدونة** ،ج4 ص:651 ، و ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج18 ص:234 ، و ينظر : الشافعي ، **الأم** ، ج6 ص:22 ، ينظر : ابن قدامة ، **المغني** ، ج9 ص:367 .

[2] – أخرجه مالك في **الموطأ** ، كتاب العقول ، رقم : 1368 .

و وجه الأخذ بالاستحسان : أن القصاص إنما شرع لحكمة الحياة و ذلك بطريق الزجر حتى يمنع من سولت له نفسه القتل لقوة العقوبة ، و معلوم أن القتل بغير حق في العادة لا يكون إلا عن طريق التغالب و الاجتماع ، فلو لم يجب على الجماعة القصاص بالواحد لكان حاصل ذلك فتح باب الذريعة للقتل بأن يتعمد الجماعة قتل الواحد ، هذا فيه سد لباب القصاص ، و هذا النظر مبني على المصلحة[1] .

و حاصل ذلك : أن وجه القياس كان فيه أخذ لظاهر النص ، و أما وجه الاستحسان فكان فيه مراعاة لمقصد الشرع ، و قد تضافرت النصوص على أن الأخذ بمقصود الشارع أولى من الأخذ بظواهره .

ذلك لأن : المحافظة على مصالح المسلمين و وضع الزواجر المانعة من وقوع الفساد فيهم أصل قامت عليه العقوبات ، فلا يتحقق ذلك إلا بإيقاع العقوبة عليهم جميعا .

2- في مسألة تقادم الشهادة على الزاني ، فالذي عليه فقهاء الحنفية أنه إن شهد على المقذوف بزنا متقادم درء الحد عن القاذف استحسانا ، لكن قياسا لا يدرأ عنه ذلك[2].

ووجه القياس : أن الشهادة على الزنا بعد التقادم غير مقبولة فوجودها كعدمها .

ووجه الاستحسان : إنما لا تقبل الشهادة على الزنا بعد التقادم لتوهم الضغينة ، فقد يدفعه ذلك عداوة بينه و بين المقذوف ، و ذلك معتبر في منع وجوب الحد على المشهود عليه ، لا في إسقاط الحد عن القاذف[3] ، و هذا كان استدراك بعد بيان وجه القياس .

و وجه الأخذ بالاستحسان : أن الشاهد مخير بين أداء الشهادة و الستر ، فلما تقادم العهد ، دل على أن الشاهد اختار جهة الستر ، فإذا شهد بعد ذلك ، دل على أن

---

(1) – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج18ص:234 ، و ينظر : ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج6 ص:33 .

(2) – ينظر : الزيلعي ، **تبيين الحقائق** ، ج3 ص:199 .

(3) – ينظر :السرخسي ، **المبسوط** ج9 ص:202 .

الضغينة هي التي دفعته إلى الشهادة ، فوقعت الشبهة ، و الحدود تدرأ بالشبهات[1] .

فرجحوا مصلحة المتهم دفعا لمفسدة تعرض أبدان الناس إلى التلف لما في عقوبة الزنا من هلاك .

3- و من المسائل الفرعية التي تقع في السرقة ، الاشتراك في السرقة ، بدخول جماعة الدار ، فجمعوا المتاع و حملوه على ظهر أحد منهم ، فكان هو الذي خرج به و قد خرجوا معه أو بعده في فوره .

فالقياس : أنه يقطع الحمال وحده ، و أما الاستحسان : فيقطعون جميعا .

ووجه القياس : أن السرقة إنما تم من الحمال ، و ذلك لتحقق شرط السرقة في الإخراج ، فأما الآخرون فلم يوجد إخراج المتاع منهم حقيقة و لا حكما ، فلا يلزمهم القطع .

بيان ذلك : أنهم خرجوا و لا شيء في أيديهم حقيقة .

ووجه الاستحسان : أنهم اشتركوا في هتك الحرز ، فصار المال مخرجا لمعاونتهم ، فيلزمهم القطع ، كما لو أخرجوه على ظهر دابة[2] .

ووجه الأخذ بالاستحسان : أن ذلك كان من أجل أن لا يجترئ الناس على أخذ أموال بعضهم البعض، ففي ذلك زيادة حيلة معروفة بين السراق ، بأن يباشر حمل المتاع واحد منهم ، و أصحابه يكونون مستعدين لدفع صاحب البيت عنه و عن أنفسهم ، فلا يجوز أن يكون ذلك مسقطا للحد عنهم .

4- و من ذلك أيضا ، قاطع الطريق ، فإذا قطع الطريق و أخذ المال ، ثم ترك و أقام في أهله زمانا ، لم يقم عليه الإمام الحد استحسانا ، و قياسا يقام عليه الحد .

---

[1] – ينظر :الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج5ص:507 ، و ينظر : البخاري ، **كشف الأسرار** ، ج4 ص:270 .

[2] – ينظر : السرخسي ، **المبسوط** ، ج9 ص:162 .

ووجه القياس : الحد لزمه لارتكاب سببه ، و قد وجد منه فعل المحاربة .

و وجه الاستحسان : أخذا بما روي أن الحارث بن زيد قطع الطريق ، ثم ترك و تاب ، فكتب علي بن أبي طالب ﷺ إلى عامله بالبصرة **أن الحارث بن زيد كان من قطاع الطرق ، و قد ترك و تحول عنه ، فلا تعرض له إلا بخير**[1] .

و وجه الأخذ بالاستحسان : ترجيح ما استثناه الله ﷻ من عقوبة قاطع الطريق و هي التوبة ، لما في ترك الجريمة من معناها ، فبالتوبة تتحقق الإنابة ، فلا معنى للعقوبة .

و لا بد الإشارة إلى تنبيه مفاده : أن الأمثلة المتقدمة في ترجيح وجه الاستحسان مقابل وجه القياس ، كان الغالب فيه مذهب الحنفية ، فقد يوجد من المذاهب من يرجح وجه القياس في نفس المسألة ، لمعنى يراه هو الأولى .

من ذلك : تقادم الشهادة في السرقة ، فإن فقهاء الحنفية رجحوا وجه الاستحسان كما هو الحال في تقادم الشهادة على الزنا ، و تفريعا على أصلهم في أن تقادم الشهادة يسقط الحد[2] ، بخلاف فقهاء المالكية و الحنابلة ، فقد رجحوا وجه القياس الذي يوجب قيام الحد مع تقادم الشهادة[3] .

و وجه القياس عندهما : أن ذلك إنما هو انتقال ملك بعد السرقة كالشهادة على القياس ، لأنه فيه احتمال يتمثل في أنه قد يعرض للشاهد ما يمنعه من الشهادة . وتفصيل ذلك : أن ترجيح وجه القياس كان مبني على أصل عام و هو : أن **صدق الأقوال يقوم على الظهور دون النظر إلى البواعث** ، كما هي نظرة فقهاء الحنفية ، فرجحوا جانب المصلحة العامة المتمثلة في إقامة حد الله ﷻ دون النظر إلى مصلحة المتهم .

---

[1] – ذكره السرخسي في **مبسوطه** ،ج9 ص:363 .

[2] – ينظر : الزيلعي ، **تبيين الحقائق** ، ج3 ص: 199 .

[3] – ينظر : سحنون ، **المدونة** ، ج4 ص: 542 ، و ينظر : الرحيباني ، **مطالب أولي النهى**، ج6 ص:595 .

الخاتمة

من النتائج التي توصل إليها البحث ما يلي :

1- يرى فقهاء القانون – من ناحية الفلسفة العامة للعقوبة – أنها أضحت عاجزة في تحقيق مقصدها بالصورة التقليدية لها المتميزة بالصرامة و الإيلام ، و أصبحت لا تستوعب كافة الأساليب التي يعامل بها المجرمون ، و رغم تطور فلسفة النظام الجزائي إلا أن العقوبة ما زالت تحتفظ بخصائصها مما يعرقل تطور الجانب الإصلاحي .

2- هذه النظرة السابقة دفعت فقهاء القانون إلى الدعوة في إعادة النظر في النظام العقابي بأكمله حتى وصل الأمر فقها عندهم إلى إلغاء العقوبة ، ثم جاءت فكرة التدابير الاحترازية التي كانت تمثل الصورة الثانية للجزاء ، و كان الغرض منها تحقيق الردع الخاص ، إلا أنها لم تسلم من الانتقادات باعتبار أنه هناك حالات من الإجرام تجتمع على الجاني العقوبة و التدابير الاحترازية و هو موضع تنازع بين فقهاء القانون .

3- أبدع فقهاء القانون في إيجاد حلول أخرى تخفف من إفراط العقوبة ، من خلال إنشاء مؤسسات ثانوية و متمثلة في الظروف المخففة ووقف التنفيذ و العفو العام ، و قد طبق نظام انقضاء العقوبة بالنسبة لحالة خاصة و هي حالة الجاني الذي يرجى صلاحه ، و طبق نظام الأعذار المعفية التي يستلزم منها الحكم ببراءة المتهم كلية من العقوبة ، باعتبار أن المشرع رأى أن يعفى المتهم من العقوبة لحكمة ما رغم أن فعله يعد جريمة .

4- أن أمر تنفيذ هذه المؤسسات الثانوية محدود ، و يطبق على فئة من المجرمين دون الفئات الأخرى ، فقد استعملت هذه الأنظمة بشكل ضيق .

5- إن العفو في القانون الوضعي ما زال يشهد سجالا فكريا بين فقهاء القانون ، خاصة من حيث بيان طبيعته ، و إن كان الأمر قد استقر على أنه من أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء .

6- العفو في القانون الوضعي يشمل جميع العقوبات الأصلية ، و أن أثره لا يتعدى عن كونه يرفع العقوبة عن المجرم لظرف ما أو لحكمة ما ، أما وصف الجرم فباق .

7- اختصت الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي – فيما يتعلق بالعقوبة – بميزتين :

- **الأولى** : أن العقوبة ضرورة بناء على فكرة العدل ، فمن العدل معاقبة المسيء مقابل إساءته من غير زيادة في ذلك و لا نقصان ، وهو – في حقيقته – يمثل تطبيقا للقاعدة الشرعية من حيث أن الشارع الحكيم أمر بتنفيذها عند الإثبات .
- **الثانية** : الجمع بين المسؤولية الأخلاقية و المسؤولية الشرعية بناء على ما يلي : أن فكرة العدل لا يمكن أن تكون هي الحل الوحيد ، و إنما لا بد من إسناد يخفف من الإفراط في العدل .

فالشريعة الإسلامية و هي تشرع العقوبة تحث على تقوية المسؤولية الأخلاقية في نفس المذنب ليعترف بخطئه فيتقوى فيه جانب التوبة و الإنابة و إصلاح نفسه ، فإن كانت هناك وسيلة للوصول إلى ذلك و لتكن طريقة العفو ، فليس من الحزم الإصرار على العقوبة ، و هي بهذا الجمع لم تهمل العدالة الاجتماعية بتحقيق ما يشبع حاجات الناس حتى لا يفكر الإنسان من الإجرام ، باعتبار أن أصل الإجرام هو الحاجة والجهل .

8- يطلق العفو عن العقوبة في الشريعة الإسلامية من جهتين :

- **الأولى** : من جهة كونه استحقاقا ، و يترتب عن ذلك اعتبار العفو حقا مقررا شرعا ، يتجلى ذلك في إعطاء الشارع حق العفو لأولياء الدم في عقوبة القصاص .

- **الثانية** : من جهة كونه إحسانا و فضلا يدخل من باب مراعاة الجانب الأخلاقي والإنساني .

9- أقرت الشريعة الإسلامية العفو ضمن أصول العقوبة بمعنى : أنه هناك عقوبات يندب فيها العفو و أخرى يحرم فيها من غير أن تضع سلطانه في يد الحاكم و ذلك بالنسبة للعقوبات الأصلية (القصاص و الحدود) و ترك أمره للحاكم بالنسبة للعقوبات التبعية .

فيندب العفو في عقوبة القصاص ، و يحرم في عقوبات الحدود و ليس للحاكم أن يعفو عن العقوبات السابقة عند الإثبات ، بخلاف عقوبات التعازير فللحاكم حق العفو ، فهي المرتع الخصب للعفو عن العقوبة .

10- دعوة الموازنة بين العقوبة و العفو عند مواطن التخيير بينهما ، أقرها مجموع النصوص الشرعية و أقرها اجتهاد الفقهاء ، و حاصل المسألة : أن الشارع الحكيم استتبع العقوبة بالعفو ليخفف من وطأتها خاصة إذا تعلق بالعفو تحقيق معان قصدها الشارع ، كأن يكون فيه جبر الأحزان أو تقوية صلة الرحم أو منع إشاعة الفاحشة وفساد عام أو ستر مؤمن أو إنظار تائب .

و قد لاحظ الفقهاء من تصرف الشارع أنه مال إلى العقوبة و شدد في ذلك و استعمل أسلوب التهديد و التخويف في مقابل من غلب عليه الانحلال و الفساد و الفجور ، ومن كثر عصيانه و أصر على الذنب و بلغ حد الشهرة في ذلك .

و مال إلى العفو في مقابل من غلب عليه الصلاح و تحققت فيه بوادر الندب و الإصرار على التوبة .

و لذلك جاءت فتاوى الفقهاء في النوازل التي تتعلق بالجنايات جارية على النظر إلى الوسط لبلوغ غاية الاعتدال بين تطبيق العقوبة أو ندب العفو خاصة في حالة الاتهام أو

الشبهة ، و إلى النظر إلى جسامة الضرر اللاحق من جراء تطبيق العقوبة أو العفو في المواضع التي أقامها الشارع الحكيم على التخيير بينهما ، كما هو مقرر في عقوبة القصاص أو ما قبل وصول أمر الجاني إلى الحاكم في عقوبات الحدود .

11- إن النظر إلى جسامة الضرر الذي يترتب عن العفو أو عن العقوبة هو الداعي القوي للموازنة بينهما ، و كان تركيز الفقهاء على النظر إلى ضرر العفو أكثر من ضرر العقوبة، لأن في العفو تركا لما هو ثابت الذي هو العقوبة ، و لذلك كثر احتياطهم في مسائل العفو عن العقوبة ، و استدعى ذلك معرفة أحوال الجناة و قصي أمرهم .

12- و فهم هذه الموازنة يقتضي نظرتين :

الأولى : نظرة تقوم على الرؤية الشاملة لأحكام العقوبة و العفو انطلاقا من الوحدة القرآنية ، فمن شأن مجموع النصوص الشرعية المباشرة و غير المباشرة التي تتعلق بباب تشريع العقوبة أو العفو أن تبين مقصود الشارع من ندب العفو في مواضع و تحريمه في مواضع أخرى .

الثانية : نظرة تقوم على الوحدة الكلية للعقاب في الفقه الإسلامي بعيدا عن التقسيم النظري للعقوبات .

13- القصد الذي دفع الفقهاء إلى التفصيل في حال الذي اقترف الجرم و البحث عن الأصلح له بين العقوبة و العفو هو تحقيق الزجر ، فقد يتحقق بتنفيذ العقوبة و قد يتحقق بمجرد التوبة و الرجوع إلى جادة الطريق ، فيكون العفو أسلم و أحوط في المواضع التي بنيت على التخيير بين العقوبة و العفو ، فالشارع لم يرد العقوبة لذاتها و إنما أراد تحقق مقصدها الأصلي .

14– إن الموازنة بين العقوبة والعفو مبنية على مراعاة الحقوق ، فإن كان الحق لله ﷻ فليس لأي إنسان مهما كانت منزلته السياسية الحق في العفو ، بخلاف حق العبد فإن له العفو عن حقه .

15– كأصل عام : كل عقوبة مبنية على الخلوص أو تغليب حق الله ﷻ على حق العبد فليس في ذلك العفو بل يحرم ، و كل عقوبة مبنية على مراعاة حق العبد و تغليبه على حق الله ﷻ ففيها العفو .

لكن من ناحية التفصيل الفقهي خاصة عند تنازع الحقين (حق الله ﷻ و حق العبد) ففي ذلك تفصيل :

- من غلب حق الله ﷻ على حق العبد ، فذلك تأسيس على ظواهر النصوص التي دلت على أن حقوق الله ﷻ لا تقبل العفو و أن حقوق العبد تقبل العفو ، فيقدم ما لا يحتمل العفو على ما يحتمله .

– و من غلب حق العبد على حق الله ﷻ فبناء على مراعاة المصلحة تأسيسا على تقديم ما هو مبني على الضيق و المشاحة على ما هو مبني على المسامحة ، كتغليب فقهاء الشافعية حق العبد في حد القذف .

16– الظاهر أن الموازنة بين العقوبة و العفو تحتاج إلى فقهين :

– **فقه الضرر** انطلاقا من موازنتهم بين الضرر الواقع بالعقوبة أو بالعفو و النفع المطلوب منهما ، و ذلك بالنسبة في المواضع التي بنيت على التخيير بينهما ، باعتبار على ما تقرر شرعا مفاده : أن كل ضرر يجب إزالته حتى يتحقق العدل بين الجاني و المجني عليه ، ولأنه يحرم التعدي و التجاوز فوق ما أباحه الشرع ، و يتحقق هذا النوع من الفقه خاصة عند حصول التنازع بين الحقوق و المصالح التي تتعلق بجانب العقوبات .

- **فقه أحوال الجناة** ، و يتحقق ذلك في البحث عن قرائن الأحوال و تقصي ظروفهم والنظر إلى مكانتهم الاجتماعية .

17- ضبط القواعد الفقهية كقاعدة « تدرأ الحدود بالشبهات » و قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » و الأصل في المتهم البراءة » ، لما يترتب في إرسال إعمالها وجود مظنة التعدي على أحد الطرفين إما الجاني أو المجني عليه ، سواء كان ذلك بتطبيق العقوبة أو العفو .

18- مخالفة معهود الشريعة عند اختلاف النوازل ووجود الأعذار الطارئة ، كتقديم العفو على العقوبة عند الحاجة و تنزيلها منزلة الضرورة ، أو تقديم الحاجيات على الضروريات كتقديم حد القذف باعتباره من قسم الحاجيات على الحدود الأخرى كلها و حتى القصاص عند الاجتماع ، و دفع الضرر بترك الواجب و تقديم المندوب ، كتقديم الستر على الشهادة .

و من بين الاقتراحات و التوصيات :

- تعزيز فكرة العدل التي تقوم على معاقبة المسيء من جنس إساءته بدلا من فكرة إلغاء العقوبة .

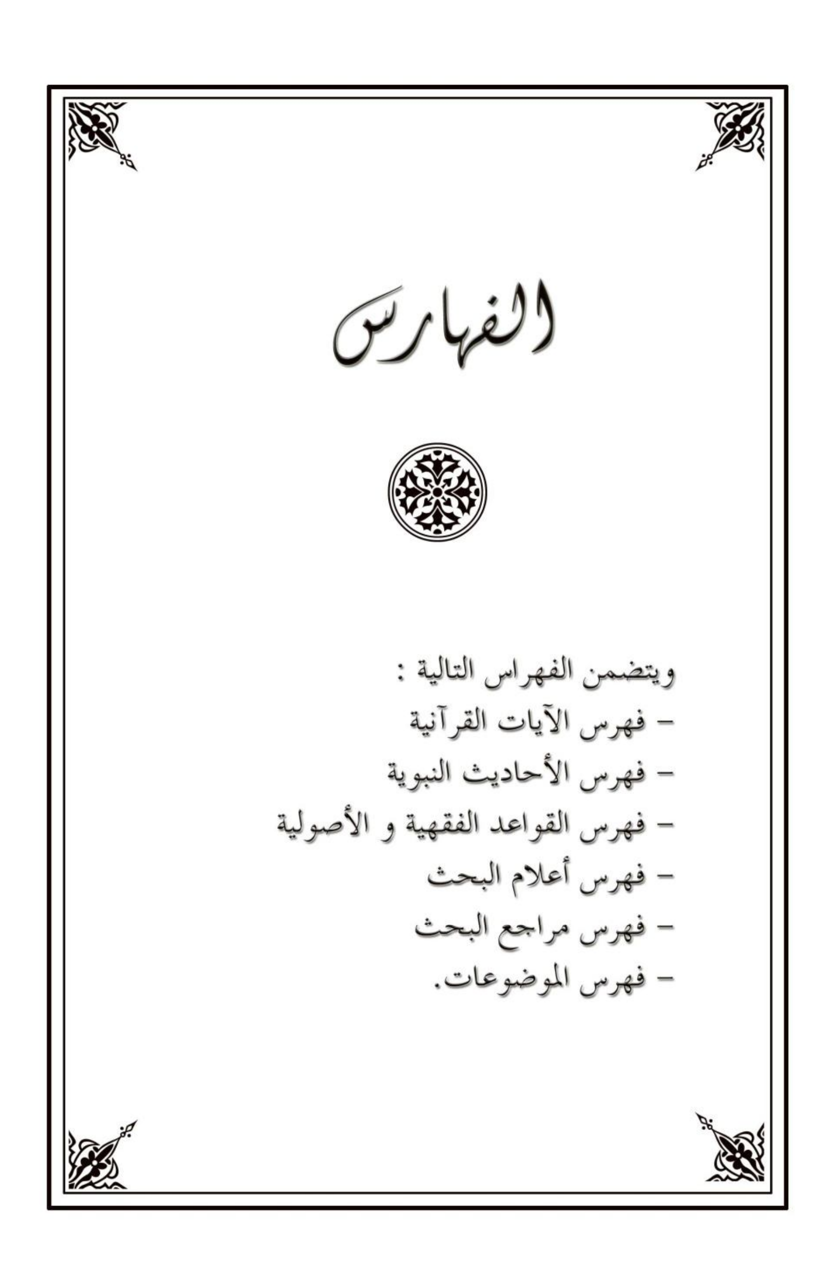
- تعزيز فكرة الشريعة الإسلامية في جمعها بين القاعدة الشرعية و القاعدة الأخلاقية ، فقد جمعت بين العفو كقاعدة أخلاقية بجانب العقوبة التي تمثل القاعدة الشرعية للتخفيف من إفراط العدل .

- ربط الناس بالدين من أجل أن يتقوى فيهم الجانب الإنساني و الأخلاقي ، و يبث في نفوس المجرمين معاني الإنابة و التوبة ، فإن لتعاليم الدين سلطانا قويا في تصريف النفوس المريضة نحو التغيير إلى الأصلح .

– إيجاد قنوات قوية و جادة بين فقهاء القانون و فقهاء الشريعة الإسلامية من أجل معالجة ظاهرة الإجرام التي تشهد في أيامنا هذه تصاعدا خطيرا ، و مواجهة الآراء المتطرفة التي تتعلق بفلسفة العقاب .

و أخيرا ، فإني لا أدعي الكمال في هذا البحث ، و قد وجدت – بعد المراجعات الكثيرة للبحث – أن بعض قضاياه تحتاج إلى تفصيل أكثر ، و هناك من المواضيع قد تستدعي بحد ذاتها بحثا مستقلا ، و لكن بذلت من الوقت و الجهد ما أظنه مناسبا لمقام البحث ، و ليس من زلة الأذهان أمان و لا من تسطير البنان اطمئنان ، و رحم الله من أوقفني على خطأ و صححه و كان لي عاذرا .

أرجو من الله ﷻ أن يكسو هذا العمل ثوب الإخلاص و أن يجمله بالقبول ، فهو المعين و الموفق لذلك .



الفهارس

ويتضمن الفهراس التالية :

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث النبوية
- فهرس القواعد الفقهية و الأصولية
- فهرس أعلام البحث
- فهرس مراجع البحث
- فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

السورة	آيـاتها	الصفحة
البقرة	- ﴿ فَٱعۡفُواْ وَٱصۡفَحُواْ حَتَّىٰ يَأۡتِيَ ٱللَّهُ بِأَمۡرِهِۦٓۗ ﴾ (الآية : 109)	
	- ﴿ وَمَنۡ أَظۡلَمُ مِمَّن كَتَمَ شَهَٰدَةً عِندَهُۥ مِنَ ٱللَّهِۗ ﴾ (الآية : 140)	129
	- ﴿ فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ ﴾(البقرة : 173)	132
	- ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ﴾ (البقرة :178) .	-88-86 -123 -133 -160 -164 -165 -166 -177 279-191
	- ﴿ وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَلۡبَٰبِ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ﴾ ، (البقرة : 179) .	-108 -123 -125 -199 -200 301-231
	﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ ﴾(البقرة : 185) ،	121
	- ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ ﴾ (البقرة : 194)	174-89
	- ﴿ كُتِبَ ٱلۡقِتَالُ عَلَيۡكُمۡ وَهُوَ كُرۡهٞ لَّكُمۡۖ ﴾ (البقرة : 216) .	122

السورة	الآية	الصفحة
	- ﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ ﴾ (البقرة : 229)،	132
	﴿ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ ﴾ ، (البقرة : 237) - ﴿ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟ ۚ ﴾ (البقرة : 282) .	97–129– 283–238
	- ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ ۚ ﴾ (البقرة : 283)،	160–129
آل عمران	﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا۟ فَٰحِشَةً أَوْ ظَلَمُوٓا۟ أَنفُسَهُمْ ذَكَرُوا۟ ٱللَّهَ فَٱسْتَغْفَرُوا۟ لِذُنُوبِهِمْ وَمَن يَغْفِرُ ٱلذُّنُوبَ إِلَّا ٱللَّهُ وَلَمْ يُصِرُّوا۟ عَلَىٰ مَا فَعَلُوا۟ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿١٣٥﴾ أُو۟لَٰٓئِكَ جَزَآؤُهُم مَّغْفِرَةٌ مِّن رَّبِّهِمْ وَجَنَّٰتٌ تَجْرِى مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَٰرُ خَٰلِدِينَ فِيهَا ۚ وَنِعْمَ أَجْرُ ٱلْعَٰمِلِينَ ﴾ ، (آل عمران : 136–135) .	116–115
النساء	- ﴿ إِنَّمَا ٱلتَّوْبَةُ عَلَى ٱللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ ٱلسُّوٓءَ بِجَهَٰلَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِن قَرِيبٍ فَأُو۟لَٰٓئِكَ يَتُوبُ ٱللَّهُ عَلَيْهِمْ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿١٧﴾ وَلَيْسَتِ ٱلتَّوْبَةُ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ حَتَّىٰٓ إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ ٱلْمَوْتُ قَالَ إِنِّى تُبْتُ ٱلْـَٰٔنَ وَلَا ٱلَّذِينَ يَمُوتُونَ وَهُمْ كُفَّارٌ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ أَعْتَدْنَا لَهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ﴾ ، (النساء : 17–18) .	114–
	- ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ ۚ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا ﴾ (النساء :28) .	281
	- ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (النساء : 29)	166
	- ﴿ وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾ (النساء : 34)،	171
	- ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا ﴾ (النساء : 65)	196

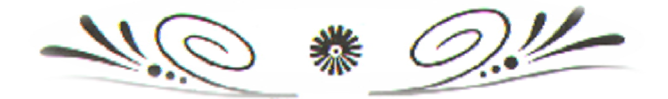
السورة	الآية	الصفحة
	- ﴿ فَإِذَا قَضَيْتُمُ ٱلصَّلَوٰةَ فَٱذْكُرُوا۟ ٱللَّهَ قِيَـٰمًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِكُمْ ۚ فَإِذَا ٱطْمَأْنَنتُمْ فَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ ۚ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَـٰبًا مَّوْقُوتًا ﴾ (النساء : 103).	160
	- ﴿ وَمَن يَعْمَلْ سُوٓءًا أَوْ يَظْلِمْ نَفْسَهُۥ ثُمَّ يَسْتَغْفِرِ ٱللَّهَ يَجِدِ ٱللَّهَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴾ ، (النساء : 110)	116
المائدة	- ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُا۟ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓا۟ أَوْ يُصَلَّبُوٓا۟ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَـٰفٍ أَوْ يُنفَوْا۟ مِنَ ٱلْأَرْضِ ۚ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْىٌ فِى ٱلدُّنْيَا ۖ وَلَهُمْ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ ، (المائدة :33)	17–101–168
	- ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا۟ عَلَيْهِمْ ۖ فَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (المائدة :34).	206
	- ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَـٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ ، (المائدة : 38) .	17–102–168–169–179
	- ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ ﴾ (المائدة :45).	91–161–176–192
	- ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تُحَرِّمُوا۟ طَيِّبَـٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوٓا۟ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴾ (المائدة : 87)	225
	- ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَـٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَـٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (المائدة : 90)	338
	- ﴿ لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّـٰلِحَـٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟ إِذَا مَا ٱتَّقَوا۟ وَّءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّـٰلِحَـٰتِ ثُمَّ ٱتَّقَوا۟ وَّءَامَنُوا۟ ثُمَّ ٱتَّقَوا۟ وَّأَحْسَنُوا۟ ۗ وَٱللَّهُ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ (المائدة :93)	338

السورة	الآية	الصفحة
	- ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَسۡـَٔلُواْ عَنۡ أَشۡيَآءَ إِن تُبۡدَ لَكُمۡ تَسُؤۡكُمۡ وَإِن تَسۡـَٔلُواْ عَنۡهَا حِينَ يُنَزَّلُ ٱلۡقُرۡءَانُ تُبۡدَ لَكُمۡ عَفَا ٱللَّهُ عَنۡهَاۗ وَٱللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٞ ﴾ (المائدة : 101)	42
	- ﴿ مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٖ وَلَا سَآئِبَةٖ وَلَا وَصِيلَةٖ وَلَا حَامٖ ﴾ (المائدة :103)	226
الأنعام	- ﴿ وَإِذَا جَآءَكَ ٱلَّذِينَ يُؤۡمِنُونَ بِـَٔايَٰتِنَا فَقُلۡ سَلَٰمٌ عَلَيۡكُمۡ ﴾ ، (الأنعام : 54)	117
	- ﴿ ذَٰلِكَ أَن لَّمۡ يَكُن رَّبُّكَ مُهۡلِكَ ٱلۡقُرَىٰ بِظُلۡمٖ وَأَهۡلُهَا غَٰفِلُونَ ﴾ ، (الأنعام : 131)	112
	- ﴿ وَقَالُواْ هَٰذِهِۦٓ أَنۡعَٰمٞ وَحَرۡثٌ حِجۡرٞ لَّا يَطۡعَمُهَآ إِلَّا مَن نَّشَآءُ بِزَعۡمِهِمۡ ﴾ (الأنعام :138)	226
	- ﴿ وَأَوۡفُواْ ٱلۡكَيۡلَ وَٱلۡمِيزَانَ بِٱلۡقِسۡطِۖ لَا نُكَلِّفُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۖ ﴾ (الانعام :152)،	175
	﴿ وَلَا تَكۡسِبُ كُلُّ نَفۡسٍ إِلَّا عَلَيۡهَاۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۚ ﴾ (الأنعام : 164)	32
الأعراف	- ﴿ قُلۡ مَنۡ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخۡرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزۡقِۚ قُلۡ هِيَ لِلَّذِينَ ءَامَنُواْ فِي ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَا خَالِصَةٗ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِۗ ﴾ (الأعراف :32)،	225
	- ﴿ ثُمَّ بَدَّلۡنَا مَكَانَ ٱلسَّيِّئَةِ ٱلۡحَسَنَةَ حَتَّىٰ عَفَواْ ﴾(الأعراف : 95)	40
	- ﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴾ (الأعراف :199)	194
الأنفال	- ﴿ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُعَذِّبَهُمۡ وَأَنتَ فِيهِمۡۚ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ مُعَذِّبَهُمۡ وَهُمۡ يَسۡتَغۡفِرُونَ ﴾ ، (الأنفال : 33)	117
	- ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغۡفَرۡ لَهُم مَّا قَدۡ سَلَفَ وَإِن يَعُودُواْ فَقَدۡ مَضَتۡ سُنَّتُ ٱلۡأَوَّلِينَ ﴾ ، (الأنفال : 38) .	117
التوبة	- ﴿ ٱسۡتَغۡفِرۡ لَهُمۡ أَوۡ لَا تَسۡتَغۡفِرۡ لَهُمۡ إِن تَسۡتَغۡفِرۡ لَهُمۡ سَبۡعِينَ مَرَّةٗ فَلَن يَغۡفِرَ ٱللَّهُ لَهُمۡۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ كَفَرُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۗ وَٱللَّهُ لَا يَهۡدِي ٱلۡقَوۡمَ ٱلۡفَٰسِقِينَ ﴾ ، (التوبة: 80) .	111

هود	- ﴿ وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ طَرَفَيِ ٱلنَّهَارِ وَزُلَفًا مِّنَ ٱلَّيۡلِۚ إِنَّ ٱلۡحَسَنَٰتِ يُذۡهِبۡنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِۚ ذَٰلِكَ ذِكۡرَىٰ لِلذَّٰكِرِينَ ﴾ (هود :114)	196
النحل	- ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ وَٱلۡبَغۡيِۚ يَعِظُكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ ﴾ (النحل : 90) .	177-81
	- ﴿ إِنَّمَا يَفۡتَرِي ٱلۡكَذِبَ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡكَٰذِبُونَ ١٠٥ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ﴾(النحل ، الآية : 105–106)	334
	- ﴿ وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ ﴾ (النحل : 126) .	-174-89 192
	- ﴿ وَلَئِن صَبَرۡتُمۡ لَهُوَ خَيۡرٞ لِّلصَّٰبِرِينَ ١٢٦ وَٱصۡبِرۡ وَمَا صَبۡرُكَ إِلَّا بِٱللَّهِۚ وَلَا تَحۡزَنۡ عَلَيۡهِمۡ وَلَا تَكُ فِي ضَيۡقٖ مِّمَّا يَمۡكُرُونَ ﴾النحل:126-127	89
الإسراء	- ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبۡعَثَ رَسُولٗا ﴾ ، (الإسراء : 15)	112
	- ﴿ وَإِذَآ أَرَدۡنَآ أَن نُّهۡلِكَ قَرۡيَةً أَمَرۡنَا مُتۡرَفِيهَا فَفَسَقُواْ فِيهَا فَحَقَّ عَلَيۡهَا ٱلۡقَوۡلُ فَدَمَّرۡنَٰهَا تَدۡمِيرٗا ﴾ ، (الإسراء : 16) .	112
	- ﴿وَلَا تَقۡتُلُواْ ٱلنَّفۡسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلۡحَقِّۗ وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا فَلَا يُسۡرِف فِّي ٱلۡقَتۡلِۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورٗا ﴾ (الإسراء : 33) .	-161 178-173
الحج	- ﴿ ذَٰلِكَ وَمَنۡ عَاقَبَ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبَ بِهِۦ ثُمَّ بُغِيَ عَلَيۡهِ لَيَنصُرَنَّهُ ٱللَّهُ ﴾ (الحج :60).	178
	- ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ ﴾(الحج : 78)	121
النور	- ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ ﴾ (النور :2)	169-104
	- ﴿ وَلَا تَأۡخُذۡكُم بِهِمَا رَأۡفَةٞ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۖ ﴾ (النور :2)	277-167

السورة	الآية	الصفحة
	– ﴿ وَلۡيَشۡهَدۡ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٞ مِّنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ﴾ (النور : 2)	104–169
	– ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ﴿٤﴾ ﴾ (النور : 4).	167
	– : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلۡفَٰحِشَةُ فِي ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ فِي ٱلدُّنۡيَا وَٱلۡأٓخِرَةِۚ وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ وَأَنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ﴾ ،(النور : 19).	127
	– ﴿ وَلَا يَأۡتَلِ أُوْلُواْ ٱلۡفَضۡلِ مِنكُمۡ وَٱلسَّعَةِ أَن يُؤۡتُوٓاْ أُوْلِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينَ وَٱلۡمُهَٰجِرِينَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِۖ وَلۡيَعۡفُواْ وَلۡيَصۡفَحُوٓاْۗ أَلَا تُحِبُّونَ أَن يَغۡفِرَ ٱللَّهُ لَكُمۡۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٌ ﴾ ، (النور : 22) .	95–283
	– ﴿ لَّيۡسَ عَلَى ٱلۡأَعۡمَىٰ حَرَجٞ وَلَا عَلَى ٱلۡأَعۡرَجِ حَرَجٞ وَلَا عَلَى ٱلۡمَرِيضِ حَرَجٞ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ أَن تَأۡكُلُواْ مِنۢ بُيُوتِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ أُمَّهَٰتِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ إِخۡوَٰنِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ أَخَوَٰتِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ أَعۡمَٰمِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ عَمَّٰتِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ أَخۡوَٰلِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ خَٰلَٰتِكُمۡ أَوۡ مَا مَلَكۡتُم مَّفَاتِحَهُۥٓ أَوۡ صَدِيقِكُمۡۚ ﴾ (النور: 61)	321
القصص	– ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهۡلِكَ ٱلۡقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبۡعَثَ فِيٓ أُمِّهَا رَسُولٗا يَتۡلُواْ عَلَيۡهِمۡ ءَايَٰتِنَاۚ وَمَا كُنَّا مُهۡلِكِي ٱلۡقُرَىٰٓ إِلَّا وَأَهۡلُهَا ظَٰلِمُونَ ﴾ ، (القصص : 59) .	112
السجدة	– ﴿ وَلَٰكِنۡ حَقَّ ٱلۡقَوۡلُ مِنِّي ﴾، (السجدة :13)	213
الأحزاب	- ﴿ يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأۡتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ يُضَٰعَفۡ لَهَا ٱلۡعَذَابُ ضِعۡفَيۡنِۚ وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرٗا ﴾ (الأحزاب :30	180
فصلت	-﴿ مَّنۡ عَمِلَ صَٰلِحٗا فَلِنَفۡسِهِۦۖ وَمَنۡ أَسَآءَ فَعَلَيۡهَاۗ وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّٰمٖ لِّلۡعَبِيدِ ﴾ (فصلت : 46)	32

الشورى	– ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ ٱلۡبَغۡيُ هُمۡ يَنتَصِرُونَ ﴾(الشورى : 39)	124– 135– 199–282
	– ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ ﴾ ، (الشورى : 40)	90–91– 109– 174–192
	– ﴿ فَمَنۡ عَفَا وَأَصۡلَحَ فَأَجۡرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾ ، (الشورى : 40)	124
الحجرات	– ﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ٱقۡتَتَلُواْ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَاۖ ﴾ (الحجرات :9)	341
	– ﴿ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ ﴾ ، (الحجرات : 13) .	97
الذاريات	– ﴿ وَمَا خَلَقۡتُ ٱلۡجِنَّ وَٱلۡإِنسَ إِلَّا لِيَعۡبُدُونِ ﴾ (الذاريات: 56	215–291
النجم	- ﴿ وَأَن لَّيۡسَ لِلۡإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾ (النجم :39)	32
المنافقون	– ﴿ سَوَآءٌ عَلَيۡهِمۡ أَسۡتَغۡفَرۡتَ لَهُمۡ أَمۡ لَمۡ تَسۡتَغۡفِرۡ لَهُمۡ لَن يَغۡفِرَ ٱللَّهُ لَهُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَهۡدِي ٱلۡقَوۡمَ ٱلۡفَٰسِقِينَ ﴾ ، (المنافقون : 6) .	111
التغابن	– ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّ مِنۡ أَزۡوَٰجِكُمۡ وَأَوۡلَٰدِكُمۡ عَدُوّٗا لَّكُمۡ فَٱحۡذَرُوهُمۡۚ وَإِن تَعۡفُواْ وَتَصۡفَحُواْ وَتَغۡفِرُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ ﴾ ، (التغابن : 14) .	96
الطلاق	– ﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ ﴾ (الطلاق:1) .	240
	-﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ ﴾(الطلاق : 02)	129–224



فهرس الأحاديث و الآثار

الحديث و الأثر	الصفحة

– أ –

– أتشفع في حد من حدود الله ، ثم قام فخطب ....105-169 -242

– إخوانكم خولكم ، جعلهم الله تحت أيديكم 348

- ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم 194–204

– إذا بلغت به السلطان ، فلعن الله الشافع و المشفع 195

– إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه 147

– أراك تجيعهم ، ثم قال : و الله لأغرمنك غرما يشق عليك.............346

– أسرقت ، قولي : لا ، قالوا : أتلقنها ، 307

– اسق يا زبير بالمعروف ثم أرسل إلى جارك 196

– اشفعوا تؤجروا ، و ليقضي الله على لسان نبيه ما أحب 196

- اقبلوا من محسنهم و تجاوزوا عن مسيئهم 196

– أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود 100-195

- ألا تخرجوا مع راعينا في إبله 198

– أليس قد صليت معنا قال : نعم 208

– ..أنت الحق و قولك الحق و وعدك الحق و لقائك الحق 218

– أنت و مالك لأبيك 205–320

– إن أول ما يحاسب عليه العبد يوم القيامة من عمله الصلاة 257

– أن الحارث بن زيد كان من قطاع الطرق 324

- إن العبد إذا اعترف بذنبه ثم تاب إلى الله تاب الله عليه 116

– إنك أخطأت التأويل يا قدامة إذا اتقيت اجتنبت ما حرم الله عليك 338

– إن الله ﷻ قد حبس عن مكة الفيل و سلط عليها رسوله و المؤمنين 92

- إن الله يقبل توبة العبد ما لم يغرغر 114

- إنما خيرني 111

- إن من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد في الرابعة فاقتلوه 167

- إنه من أهل النار ، فبينما هو على ذلك ، إذا وجد الرجل ألم الجرح ، 227

- أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء 257

- أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله 79–127

- إني لأحسبه رجلا مغضبا يريد أن يقتل مؤمنا 115

– ت –

- تعافوا الحدود فيما بينكم ، فما بلغني من حد فقد وجب 100- 194

– ث –

- : ثلاث و الذي نفس محمد بيده إن كنت لحالفا عليهن 99-193

– ح –

- حد يعمل في الأرض خير لأهل الأرض من أن يمطروا ثلاثين صباحا 105-242

- حق الله على العباد أن يعبدوه و لا يشركوا به شيئا 215

– خ –

- خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا 167

– د –

- دونك فانتصري 109

– ر –

- رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه ....143-330 - 336

– ف –

- فأتى به النبي ﷺ فلم يزل حتى أقر به فرض رأسه بالحجارة 112

- فأمر لهم النبي ﷺ بلقاح و أمرهم أن يخرجوا فيشربوا من أبوالها و ألبانها 113

- فحبسه النبي ﷺ، فرد عليه بقوله : « العهد قريب و المال كثير ».........306
- فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها.................. 33
- فما بلغني من حد فقد وجب 240
- فهلا قبل أن تأتيني به...243-194-106-243

– ك –

- ﴿كان في بني إسرائيل القصاص و لم يكن فيهم العفو ، ﴾..................166
- كتاب الله القصاص ، فرضي القوم و قبلوا الأرش ....93-164-193 -202
- كل أمتي معافى إلا المجاهرين 79–127
- كنا نؤتي بالشارب على عهد رسول الله ﷺ و إمرة أبي بكر 167

– ل–

- ﴿ لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله و أني رسول الله 162–168–164
- ﴿ لا يحل قتل مسلم إلا في إحدى ثلاث خصال 164
- ﴿ لا يزني الزاني حين يزني وهو مومن ﴾.......................................205
- لا يؤاخذ الرجل بجريرة أبيه و لا بجريرة أخيه 32
- لجميع أمتي 196
- لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له 128
- لقد تاب توبة لو قسمت بين أمة لوسعتهم...............................128
- لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم 128
- لو أخذت شاربا لأحببت أن يستره الله ، 207
- لو تمالأ عليه أهل صنعاء 361
- لو سترته بثوبك كان خيرا لك 100
- ﴿ لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة ،..........................205
- ﴿ لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال و أموالهم ﴾ 328

- ﴿ ليس للقاتل شيء من الميراث ﴾..171

- م -

- ﴿ ما أخالك سرقت ، قال : بلى يا رسول الله ﴾..........................205–307
- ﴿ ما أصر من استغفر ﴾...116
- ﴿ ما أطعمته إذا كان جائعا أو ساغبا ﴾.......................................347
- ﴿ ما خير النبي ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يأثم ﴾ 104
- ﴿ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه قصاص إلا أمر فيه بالعفو ﴾..........193
- ﴿ ما رفع إلى رسول الله ﷺ شيء فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو﴾.........99
- ﴿ ما عفا رجل عن مظلمة إلا زاده الله بها عزا..﴾..........................193
- ﴿ما من رجل يصاب بشيء في جسده فيتصدق به ﴾......................99-193
- ﴿ما نقصت صدقة من مال و ما زاد الله عبدا بعفو إلا عزا ﴾...........98
- ﴿ المسلم أخو المسلم لا يظلمه و لايسلمه ، ﴾............................129
- ﴿ المسلمون تتكافأ دماؤهم ﴾..87
- ﴿ من أتاكم و أمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ﴾.....168
- ﴿ من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ﴾.....347
- ﴿ من أصيب بقتل أو خبل فإنه يختار إحدى ثلاث ﴾.....................93-164
- ﴿ من حالت شفاعته دون حد من حدود الله ﴾...........................105-169
- ﴿ من رغب عن سنتي فليس مني ﴾...225
- ﴿من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة ﴾...................................207–327
- ﴿ من صنع هذا بك ﴾ 198
- ﴿ من قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يفتدي ، ﴾..........164–165–246
- ﴿ من قتل له قتيل ، فهو بخير النظرين إما أن يفدى ﴾................163- 246
- ﴿من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا ﴾...............................100

– ن –

– ﴿ نعم ، إن ذلك يفعل ما لم يبلغ الإمام ، ﴾..............................195

– ﴿ نصبر و لا نعاقب ﴾..90

– هـ –

– ﴿ هؤلاء رجال أسلموا من أهل مكة و أرادوا أن يأتوا النبي ﷺ ﴾.........96

– و –

– ﴿ و أن لا يجني جان إلا على نفسه ﴾.................................32

– ﴿ و الله لا أنفق عليه شيئا أبدا بعد الذي قال لعائشة﴾....................95

– ﴿ و ما زاد الله عبدا بعفو إلا عزا ﴾.................................92

– ﴿ و ما يمنعني لا تكونوا عونا للشيطان على أخيكم ﴾.....................106

– ﴿و من قتل عمدا فهو قود ﴾...162

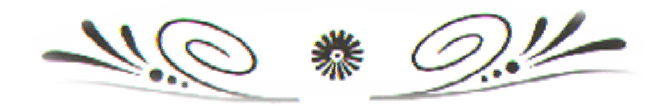
– ﴿ و من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما يقاد ﴾...........92– 165

– ﴿ و من قتل نفسه بشيء عذب به يوم القيامة ﴾............................227

– ﴿ و هل وجدت توبة أفضل من أن جادت بنفسها لله تعالى ﴾...............128

– ي –

– ﴿ يا أبا ذر أعيرته بأمه ، إنك امرؤ فيك جاهلية ﴾........................171



فهرس القواعد الأصولية و الفقهية

القاعدة | الصفحة

- اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما 145
- الأخذ بالأصلح فالأصلح 289–301
- إذا اجتمع أمران من جنس واحد و لم يختلف مقصودهما دخل أحدهما في الآخر غالبا 182
- إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما.........................147-294
- إذا تعارض الحرام مع المكروه قدم الحرام على المكروه 286
- إذا تعارض الواجب مع المندوب قدم الواجب على المندوب.......................................286
- إذا اجتمع حق الله ﷻ مع حق الآدمي غلب الثاني..262
- الأصل براءة الذمة 131- 150
- الأصل في الأشياء الإباحة...151
- اعتقاد المقارنة في دفع الحد 323
- اعتماد اليقين في أدلة الإثبات ما أمكن 140
- إعمال الشبهة لا يعدم المؤاخذة من الناحية العقلية 142
- الأمر الذي لم ينص على حكمه 185
- تحصيل الأصل أولى بالاعتبار 344
- ترجيح الغالب على المغلوب 317
- تفاوت العقوبات بتفاوت المفاسد 279
- تقابل كل جناية بمثلها 91
- تقدم حقوق العباد على حقوق الله ﷻ عند الاستيفاء 255- 290
- الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح 28
- الحاجة إذا عمت أو خصت كانت كالضرورة 346

– الحاجة تنزل منزلة الضرورة 268

– الحدود مبنية على التخفيف 182

– الحدود مبنية على المساهلة 182-206

– الحدين إذا تساويا في القدر و الصفة تداخلا 252

– حفظ الأبدان مقدم على حفظ الأديان 333

– حفظ الضروري أعظم في نظر الشارع من رعاية المحرمات 289

– حقوق العباد مبنية على الإظهار 309

– حقوق العباد مبنية على الشح و الضيق 91- 255- 261

– حقوق الله ﷻ لا تسقط بإسقاط العبد لها...............................232

– حقوق الله ﷻ لا تقبل النيابة 270

– حقوق الله ﷻ مبنية على المسامحة 223-257- 260-291-337

– الخطأ في العفو أفضل شرعا من الخطأ في العقوبة 140-352

– الخطأ في نفي العقوبة أولى من الخطأ في تحقيقها 136

– درء الأفسد فالأفسد 289

– درء الحدود بالشبهات 42

– درء المفاسد مقدم على جلب المصالح 147- 267

– دفع أعظم المفسدتين بأدناهما 122

– دفع المضار مقدم على جلب المصالح...................................279

– رفع المشقة و الحرج و التيسير على الناس 223

– شدة العقوبة استلزمت شدة إثباتها 182

– شرع ما قبلنا شرع لنا 161

– الشك يشفع به المتهم 140

– صدق الأقوال يقوم على الظهور 327– 364

– الضرر لا يزال بالضرر 143

– الضرر لا يزال بمثله...145

- الضرر يزال 143–146– 268
- الضرر يزال بقدر الإمكان 146
- الضرورة تستوجب كمالها 345
- الضرورات تبيح المحظورات 268
- الظنون لا تقع إلا بأسباب تثيرها و تحركها 315
- العادة إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي 30
- فوات النفس أعظم جرما من إتلاف مال الغير ببدل 289
- القضاء في باب الحدود إمضاؤها 311
- لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع 29–151
- لا جريمة و لا عقوبة بغير نص 29
- لا ضرر و لا ضرار 138– 143
- لا يكلف شرعا إلا من كان قادرا على فهم دليل التكليف..151
- ما علم ثبوته فالأصل بقاؤه واجبا في حقه ظاهرا 325
- ما من حق يسقط بإسقاط العبد له إلا و فيه حق الله ﷻ 247
- ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى وقت الاستيفاء 310
- مبنى الأحكام على التوسط و الاعتدال 131
- مراعاة الأصلح 210– 238–247– 301– 360
- المشقة تجلب التيسير 282
- المصالح نسبية تتنازع فيها المضار و المنافع 265
- مصلحة حفظ الأبدان مقدمة على مصلحة حفظ الأديان 139
- المصلحة العامة أكبر قدرا و أولى بالاعتبار من المصلحة الخاصة 293
- المصلحة العامة كالضرورة الخاصة 293
- المعتبر بعد القضاء قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب 311
- المقدرات الشرعية لا يدخلها القياس 240
- المقصود من التعزير الاستصلاح و التأديب 186– 187

– النفع و الضرر أمر نسبي 264

– الوازع الطبعي أقوى من الوازع الشرعي 316

– يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام 293



فهرس أعلام البحث

- ابن رشد

القرطبي الأندلسي (520هـ – 595 هـ) ، يكنى بأبي الوليد ، يعرف بابن رشد الحفيد ، فقيه و فيلسوف ، من مصنفاته بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، و تهافت التهافت .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ط15(دار العلم للملايين : 2002م) ج5 ص:318 .

- ابن عبد البر

يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي (368هـ ، 463هـ) ، من كبار حفاظ الحديث ، مؤرخ أديب ، يقال له حافظ المغرب ، من مصنفاته : الاستيعاب ، الاستذكار ،

ينظر: الزركلي ، **الأعلام** ، ج8 ص: 240 .

- ابن العربي

محمد بن عبد الله بن محمد الاشبيلي المالكي أبو بكر بن العربي (- ، 453هـ) ، قاض من حفاظ الحديث ، و لد في إشبيلية ور حل إلى المشرق و برع في الأدب و بلغ رتبة الاجتهاد ، من مصنفاته : أحكام القرآن ، الإنصاف في مسائل الخلاف

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج6 ص: 230 .

- ابن فرحون

إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون ، برهان الدين اليعمري (- ، 799هـ) ، عالم بحاثة و لد و نشأ و مات في المدينة ، و هو مغربي الأصل ، تولى القضاء بالمدينة ، من مصنفاته : الديباج المذهب ، تبصرة الحكام .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج1 ص: 52 .

- ابن المبارك

عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي بالولاء التميمي المروزي أبو عبد الرحمن (118هـ، 181 هـ) ، الحافظ شيخ الإسلام المجاهد التاجر ، كان من سكان خراسان .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج4 ص: 115 .

- ابن القاسم

عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري (132هـ ، 191هـ) ، أبو عبد الله ، يعرف بابن القاسم ، فقيه جمع بين الزهد و العلم ، من تلامذة الإمام مالك ، له المدونة التي تلاها على سحنون هي من أجل كتب المالكية رواها عن الإمام مالك .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج3 ص: 323 .

- ابن قدامة

عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (541هـ ، 620هـ) ، أبو محمد ، فقيه من أكابر الحنابلة ، من تصانيفه : المغني ، و روضة الناظر .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج4 ص: 67 .

- ابن القيم

محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي (691هـ – 751هـ) ، من تلامذة شيخ الإسلام ابن تيمية ، من مصنفاته : إعلام الموقعين ، و الطرق الحكمية و مدارج السالكين .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج6 ص: 56.

- ابن نجيم

زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (ـ ، 970هـ) ، فقيه حنفي ، من تصانيفه : الأشباه و النظائر ، البحر الرائق .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج3 ص: 64 .

- أبو الدرداء

عويمر بن مالك بن قيس بم أمية بن عامر الأنصاري الخزرجي (ـ ، 32هـ) ، كنيته أبو الدرداء أسلم يوم بدر و شهد أحد ، حكيم الأمة .

ينظر : حجر العسقلاني ، **الإصابة في تمييز الصحابة** ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، ط1 (دار الجيل: 1412هـ) ، ج4 ص: 747 .

- أبو ذر

جندب بن جنادة الغفاري (ـ ، 32هـ) ، كنيته أبو ذر ، توفي بالمدينة بالربذة .

ينظر : ابن عبد البر ، **الاستيعاب** ، تحقيق : علي محمد البجاوي (دار الجيل ، بيروت : 1412هـ) . ، ج1 ص: 253 .

- أبو زهرة ،

محمد بن أحمد أبو زهرة (1898 م ، 1974م) ، أكبر علماء الشريعة الإسلامية ، و لد بمدينة المحلة الكبرى ، و تربى بالجامع الأحمدي ، و تعلم بمدرسة القضاء الشرعي ، و تولى تدريس العلوم الشرعية و العربية ، وعين استاذا محاضرا للدراسات العليا في الجامعة ، و عضوا للمجلس الأعلى للبحوث العلمية من مؤلفاته : العقوبة و الجريمة في الفقه الإسلامي ، و قد بلغت كتبه أربعين كتابا .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ط15 (دار العلم للملايين : 2002) ، ج6 ص: 26 .

- **أبو شريح الخزاعي**

خويلد بن عمرو بن صخر ، الخزاعي الكعبي (- ، 68هـ) ، كنيته أبو شريح ، أسلم قبل فتح مكة، و توفي في الحجاز .

ينظر : ابن عبد البر ، **الاستيعاب** ، ج4 ص: 1689 .

- **أبو قلابة**

ابن عمرو بن ناتل بن مالك (-، 104هـ) ، الإمام شيخ الإسلام أبو قلابة الجرمي البصري ، كثير الحديث توفي بمصر ،

ينظر : الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط (مؤسسة الرسالة، بيروت : ب.ت) ، ج4 ص: 469 .

- **أبو مالك الأشجعي**

سعد بن طارق بن أشيم ، كوفي صدوق ، روي عنه الثوري و يزيد بن هارون .

ينظر : الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ج6 ص: 186 .

- **أبو يوسف**

يعقوب بن إبراهيم (- ، 182 هـ) ، كان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي ، و أخذ الفقه عن ابن أبي ليلى ثم عن أبي حنيفة ، وو لي القضاء لهارون الرشيد .

ينظر : أبو إسحاق الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، تحقيق : إحسان عباس ، ط1 (دار الرائد العربي ، بيروت : 1970 م) ، ج1 ص: 134.

- **أبي بن كعب**

بن قيس الأنصاري الخزرجي (. ، 32 هـ) ، يكنى بأبي المنذر ، سيد القراء ، كان من أصحاب العقبة الثانية و شهد بدرا و المشاهد كلها ، و كان عمر بن الخطاب يسميه سيد المسلمين .

ينظر : العسقلاني ، **الإصابة في تمييز الصحابة** ، ج1 ص: 27 .

- **أشهب**

القيسي بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري الجعدي (146هـ ، 204هـ) ، يكنى بأبي عمرو فقيه الديار المصرية في عصره ، صاحب الإمام مالك .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج1 ص: 333 .

- **أنس بن مالك**

بن ضمضم الأنصاري الخزرجي (10هـ قبل الهجرة ، 93هـ) ، أبو حمزة ، خادم رسول الله ﷺ مات بالبصرة .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج2 ص: 25 .

- **الباجي**

سليمان بن خلف بن سعد القرطبي أبو الوليد الباجي (403هـ ، 474هـ) ، فقيه مالكي من رجال الحديث و لي القضاء في أنحاء الأندلس من مصنفاته : المنتقى شرح الموطأ ، و التعديل و الترجيح لما روي عنه البخاري في الصحيح .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج3 ص: 125 .

- البخاري

عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري (ـ ، 730هـ) ، فقيه حنفي من علماء الأصول ، من تصانيفه : شرح أصول البزدوي المسمى كشف الأسرار .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج4 ص: 13 .

- التسولي

علي بن عبد السلام بن علي أبو الحسن التسولي (-- ، 1258هـ) ، فقيه مالكي تسولي الأصل و المولد ، ولي القضاء و توفي بفاس ، من مصنفاته : البهجة شرح لتحفة الحكام لابن عاصم .

ينظر: الزركلي ، **الأعلام** ، ج4 ص: 299 .

- التفتازاني

مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني سعد الدين (712هـ ، 793هـ) ، من أئمة العربية و البيان و المنطق ولد بتفتازان من بلاد خراسان ، من تصانيفه : مقاصد الطالبين حاشية على شرح العضد على

مختصر ابن الحاجب ، التلويح إلى كشف غوامض التنقيح .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج7 ص: 219 .

- الجصاص

أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص (305هـ ، 370هـ) ، مفسر و فاضل من أهل الرأي سكن بغداد و مات فيها ، من مصنفاته : أحكام القرآن .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج1 ص: 171 .

- جيرمي بنتام

(1748م– 1832م)، فيلسوف إنجليزي من أنصار المدرسة التقليدية من مؤلفاته مبادئ الأخلاق و التشريع .

ينظر : محمد زكي أبو عامر ، **دراسة في علم الإجرام و العقاب** (الدار الجامعة ، بيروت : 1993م) ، ص: 348 .

- الخطيب

إبراهيم بن منصور بن المسلم المصري أبو إسحاق المعروف بالخطيب (510هـ ، 596هـ) ، شيخ الشافعية بمصر ، من تصانيفه : شرح المهذب للشيرازي .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج1 ص: 74 .

- الداودي

أحمد بن نصر (- ، 307هـ) ، أبو جعفر الداودي ، فقيه مالكي ، من مصنفاته : كتاب في أحكام أموال المغانم و الأراضي التي يتغلب عليها المسلمون .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج1 ص: 264 .

- الرازي

محمد بن عمرو بن الحسن بن الحسين التيمي البكري أبو عبد الله فخر الدين الرازي (544هـ ، 606هـ) ، الإمام المفسر ، من تصانيفه مفاتيح الغيب في التفسير أو التفسير الكبير .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج6 ص: 313 .

- الرافعي

عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم (557هـ ، 623هـ) ، أبو القاسم الرافعي القزويني ، فقيه من كبار الشافعية ، من مصنفاته : المحرر في الفقه ، و شرح مسند الشافعي .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج4 ص: 55 .

- الزبير بن العوام

بن خويلد القرشي الأسدي (28 قبل الهجرة ، 36هـ) ، أبو عبد الله ، حواري رسول الله ﷺ و ابن عمته ، أحد العشرة المبشرين بالجنة ، و أحد الستة أصحاب الشورى .

ينظر : العسقلاني ، **الإصابة** ، ج2 ص: 553 .

- الزبيري

أحمد بن محمد بن محمد بن محمد الزبيري الإسكندري المالكي (740هـ ، 801هـ) ، و لي القضاء بالإسكندرية و عمل تعليقا على مختصر ابن الحاجب الفرعي ، و استقر في قضاء المالكية بالقاهرة .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج1 ص: 225 .

- زينب بنت جحش

بن رئاب الأسدي أم المومنين ، كانت زوجة زيد بن حارثة ، و اسمها برة ، و طلقها زيد ، فتزوجها النبي ﷺ و سماها زينب ، توفيت عام 20هـ .

ينظر : ابن عبد البر ، **الاستيعاب** ج4 ص: 1850 .

- الزركشي

محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله بدر الدين (745هـ ، 794هـ) ، عالم و فقيه أصولي شافعي المذهب ، أصله من الترك مصري المولد و الوفاة ، من تصانيفه : البحر المحيط ، و المنثور في القواعد .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج6 ص: 61 .

- **السائب ين يزيد**

بن سعيد بن ثمامة بن الأسود الكندي ، يعرف بابن أخت نمر .

ينظر : العسقلاني ، **الإصابة** ، ج3 ص: 27 .

- **السرخسي**

محمد بن أحمد بن سهل (- ، 483هـ) ، كنيته ابو بكر ، شمس الأئمة قاض من كبار الأحناف ، مجتهد من أهل سرخس في خراسان ، من مصنفاته : المبسوط ، أملاه و هو في السجن .

ينظر : الزركلي **الأعلام** ، ج5 ص: 315 .

- **سعد بن عبيدة**

أبو حمزة السلمي ، إمام ثقة من علماء الكوفة ، توفي كهلا في حدود سنة بضع و مائة

ينظر : الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، ج5 ص: 10 .

- **سفيان الثوري**

سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري (97هـ ، 161 هـ) ، أمير المومنين في الحديث ، مات في البصرة .

ينظر : الذهبي ، **تذكرة الحفاظ** ، (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : ب.ت) ، ج1 ص: 204 .

- **السيوطي**

عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد ابن سابق الدين الخضيري السيوطي جلال الدين (849هـ ، 911هـ) ، إمام حافظ ، مؤرخ أديب ، من مصنفاته : الإتقان في علوم القرآن ، إسعاف المبطأ في رجال الموطأ الأشباه و النظائر .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج3 ص: 301 .

- **الشاطبي**

إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (- ، 790هـ) ، أصولي حافظ من أهل غرناطة ، كان من أئمة المالكية ، من مصنفاته : الموافقات في أصول الفقه ، و الإفادات والإنشادات .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج1 ص: 75 .

- **الشوكاني**

محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني (1173هـ ، 1250هـ) ، فقيه مجتهد ، من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء ، و لد بهجرة شوكان ، من مصنفاته : نيل الأوطار ، و فتح القدير ، و إرشاد الفحول .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج6 ص: 298 .

- الشيباني

محمد بن الحسن الشيباني مولى لبني شيبان (.، 189 هـ) حضر مجلس أبي حنيفة ، ثم تفقه على أبي يوسف .

ينظر : الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، ج1 ص: 135 .

- شيزاري دي بيكاريا

(1738 م — 1794م) ، زعيم المدرسة التقليدية ، كان أكثر اهتماما بحركة الإصلاح الجنائي ، و قد تأثرت بأفكاره كل التشريعات الوضعية .

ينظر : علي قهوجي ، **علمي الإجرام و العقاب** (الدار الجامعية ، الإسكندرية : 1985 م) ، ص: 176 .

- الضحاك

ابن مزاحم البلخي الخرساني ، ابو القاسم (- ، 105 هـ) ، مفسر و كان يؤدب الأطفال ، و يقال أنه كان في مدرسته ثلاثة آلاف صبي .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج3 ص: 215 .

- الطبري

محمد بن جرير ين يزيد الطبري ، أبو جعفر (224هـ ، 310هـ) ، المؤرخ المفسر ، استوطن بغداد من تصانيفه : جامع البيان في تفسير القرآن ، و قد كان مجتهدا في الأحكام .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام**، ج6 ص: 69 .

- عبد الرحمن بن عوف

بن عبد عوف بن عبد الحارث بن زهرة الزهري القرشي (- ، 32هـ) كنيته أبو محمد ، أحد المبشرين بالجنة و أحد الستة أصحاب الشورى .

ينظر : العسقلاني ، **الإصابة** ، ج4 ص: 346 .

- عبد العزيز بن عبد السلام

بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي (577هـ ، 660هـ) ، الملقب بسلطان العلماء ، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد، تولى الخطابة و التدريس في دمشق ، و كان قاضيا خطيبا ، ثم اعتزل و لزم بيته ، من مصنفاته : قواعد الأحكام في إصلاح الأنام.

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج4 ص: 21 .

- عبد الله بن عمر

بن الخطاب (ـ ، 73 هـ) ، كنيته أبو عبد الرحمن ، أسلم مع أبيه و هو صغير لم يبلغ الحلم .

ينظر : ابن الأثير ، **أسد الغابة في معرفة الصحابة** ، تحقيق عادل أحمد الرفاعي (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : 1996 م) ، ج3 ص: 348 .

عبد الله بن عمرو بن العاص

بن وائل القرشي السهمي (ـ، 63هـ) ، صحابي ، كنيته أبو محمد ، توفي بالطائف.

ينظر : العسقلاني ، **الإصابة** ، ج4 ص: 192 .

– عبد الله بن مسعود

بن غافل بن حبيب الهذلي (ـ ، 32هـ) ، أبو عبد الرحمن ، من أكابر الصحابة فضلا و علما ، و من السابقين إلى الإسلام ، و أول من جهر بقراءة القرآن بمكة .

ينظر : الزركلي، **الأعلام** ، ج4 ص: 337 .

عبد الله بن صفوان

بن أمية بن خلف الجمحي توفي عام 73 هـ ، و لد في عهد رسول الله ﷺ .

ينظر : العسقلاني ، **الإصابة** ، ج5 ص: 14 .

– عروة بن الزبير

ابن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي الأسدي (ـ ، 93 هـ) ، من التابعين ، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج4 ص: 226 .

– عمرو بن شعيب

عمرو بن شعيب بن محمد (ـ ، 118هـ) ، كنيته أبو إبراهيم ، من بني عمرو بن العاص و من التابعين و من رجال الحديث توفي بالطائف .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج5 ص: 79 .

– عياض

عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي (476هـ ، 544هـ) ، أبو الفضل ، عالم المغرب و إمام أهل الحديث في وقته ، كان من أعلم الناس بكلام العرب و أنسابهم و أيامهم ، ولي القضاء سبتة و غرناطة ، من مصنفاته : ترتيب المدارك و تقريب المسالك .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج5 ص:99 .

– العيني

بدر الدين أبو محمد الحلبي العيني (762هـ – 855هـ) ، فقيه حنفي ، من مصنفاته عمدة القارئ شرح للبخاري ، و البناية شرح الهداية.

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج7 ص: 163 .

- القرافي

أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي (ـ ، 684هـ) ، من علماء المالكية ، مصري المولد و المنشأ و الوفاة ، من مصنفاته : أنوار البروق في أنواء الفروق ، الذخيرة ، شرح تنقيح الفصول .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج1 ص: 94 .

- القرطبي

محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي (. ، 676 هـ) ، أبو عبد الله القرطبي ، من كبار المفسرين ، من مصنفاته : الجامع لأحكام القرآن ، توفي بمصر .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج5 ص: 322 .

- الكاساني

أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (ـ ، 587 هـ) ، فقيه حنفي ، ملك العلماء ، من مصنفاته : بدائع الصنائع و هو مهر لزوجته الفقيهة فاطمة .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج2 ص: 70 .

- الكتاني

عمر بن أبي الحرم بن عبد الرحمن بن يونس الشيخ زين الدين الكتاني (653هـ ، 738هـ) ، الفقيه الأصولي ، شيخ الشافعية .

ينظر : السبكي ، **طبقات الشافعية الكبرى** ، ج10 ص: 378 .

- الكرخي

عبيد الله بن الحسين الكرخي (260هـ ، 340هـ) ، أبو الحسن ، فقيه انتهت إليه رياسة الحنفية بالعراق مولده في الكرخ ، و وفاته ببغداد ، من مصنفاته : شرح الجامع الصغير ، و شرح الجامع الكبير .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج4 ص: 193 .

- لبيد

لبيد بن ربيعة بن مالك أبو عقيل العامري (ـ ، 41 هـ) ، أحد الشعراء الفرسان الأشراف في الجاهلية ، أدرك الإسلام ، أحد أصحاب المعلقات ، و مطلع معلقته هذا البيت :

عفت الديار محلها فمقامها بمنى تأبد غولها فرجامها

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج5 ص: 240.

- الماجشون

عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله التيمي بالولاء (- ، 212هـ) ، أبو مروان ابن الماجشون ، فقيه مالكي فصيح دارت عليه الفتيا في زمانه .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج4 ص: 160.

- المأمون

عبد الله بن هارون الرشيد بن محمد المهدي بن أبي جعفر المنصور أبو العباس (170هـ ، 218هـ سابع الخلفاء من بني العباس في العراق ، أحد أعاظم الملوك في سيرته و علمه و سعة ملكه .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج4 ص: 142 .

- الماوردي

أبو الحسن علي بن محمد المشهور بالماوردي (364هـ ، 450 هـ) شافعي المذهب ، تقلد القضاء من مصنفاته الحاوي و الإقناع في فقه الشافعية ، و كتابه الأحكام السلطانية ،

ينظر : السبكي ، **طبقات الشافعية الكبرى** ، ج5 ص:267 .

- مجاهد

بن جبر الإمام أبو الحجاج المخزومي (21هـ ، 104 هـ) ، المقرئ و المفسر الحافظ من التابعين سمع من سعد و عائشة و أبي هريرة و ابن عباس و لزمه مدة .

ينظر : الذهبي ، **تذكرة الحفاظ** ، ج1 ص: 92 .

- المرداوي

علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ثم الدمشقي (817هـ ، 885هـ) ، فقيه حنبلي ، و لد في مردا قرب نابلس و انتقل إلى دمشق ، من مصنفاته : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج4 ص: 292 .

- مسطح بن أثاثة

بن عباد بن المطلب بن عبد مناف ، كان اسمه عوفا ، و أما مسطح فهو لقبه ، و أمه بنت خالة أبي بكر أسلمت و أسلم أبوها قديما ، و قد كان أبو بكر يمونه لقرابته .

ينظر : ابن حجر العسقلاني ، **الإصابة** ، ج6 ص: 93 .

- النخعي

إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود أبو عمران النخعي (46هـ ، 96هـ) ، من أكابر التابعين صلاحا وصدقا و حفظا للحديث من أهل الكوفة .

ينظر : الذهبي ، **تذكرة الحفاظ** ، ج1 ص: 74 .

- النفراوي

أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي (1044هـ – 1126هـ) ، أزهري مالكي المذهب ، من مصنفاته : الفواكه الدواني في فقه المالكية .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج1 ص: 192 .

- الوراق

محمود بن الحسن الوراق (- ، 225هـ) ، شاعر أكثر شعره في المواعظ و الحكم .

ينظر : الزركلي، **الأعلام** ، ج7 ص: 167 .

- يزيد بن نعيم

بن هزال من التابعين ، و أبوه نعيم بن هزال بن مالك ، سكن المدينة ، و روي عنه المدنيون قصة رجم ماعز الأسلمي .

ينظر : ابن عبد البر ، **الاستيعاب** ، ج4 ص: 1509 .

يزيد بن هارون

بن زاذان بن ثابت السلمي بالولاء الواسطي ، كنيته أبو خالد (118هـ ، 206هـ) من حفاظ الحديث الثقات ، و قدر من كان يحضر مجلسه بسبعين ألف .

ينظر : الزركلي ، **الأعلام** ، ج8ص: 190 .



فهرس المراجع

- القرآن الكريم

كتب التفسير

2- ابن العربي ، **أحكام القرآن** (دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت)

3- ابن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : ب.ت)

4- الرازي ، **التفسير الكبير** ، ط3 (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : ب.ت)

5- السعدي ، **تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان** ، ط1 (دار ابن حزم ، بيروت : 1999م)

6- الشنقيطي ، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن** (دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت: 1995 م

7- القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، خرج أحاديثه أحمد بن شعبان بن أحمد و محمد بن عيادي ، ط1 (مكتبة الصفا ، القاهرة : 2005) .

كتب الحديث وشروحه

8- ابن أبي شيبة ، **المصنف** (دار افرك ، بيروت : ب.ت)

9- ابن دقيق العيد ، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام** ، تحقيق مصطفى شيخ مصطفى و مدثر سندس ، ط1 (الرسالة : 2005)

10- ابن ماجة ، **سنن ابن ماجة** ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي (دار الفكر ، بيروت : ب.ت)

11- أبو داود ، **سنن أبي داود** (دار الكتاب العربي ، بيروت : ب.ت)

12- أحمد ، **المسند** ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط و عادل مرشد ، ط1 (الرسالة : 2001)

13- الباجي ، **المنتقى شرح الموطأ** (مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة : 2004م)

14- البخاري ، **صحيح البخاري** ، تحقيق : محمود محمد حسن نصار ، ط5 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 2007)

15- البغوي ،**شرح السنة** ، تحقيق شعيب الأرناؤوط و محمد زهير الشاويش ، ط2 (المكتب الإسلامي، دمشق بيروت : 1983)

16- البيهقي ، **السنن الكبرى** ، ط1 (مجلس دائرة المعارف النظامية ، الهند ، حيدر آباد : 1344 هـ)

17- الترمذي ، **جامع الترمذي** ، اعتنى به فريق : بيت الأفكار الدولية (بيت الأفكار الدولية ، لبنان : 2004م)

18- الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ط1 (دار الحديث ، القاهرة ، 2000).

19- العسقلاني ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، (دار المعرفة ، بيروت : 1379 هـ)

20- مسلم ، **الجامع الصحيح** ، (دار الجيل و الآفاق الجديدة ، بيروت : ب.ت)

21- النسائي ، **المجتبى من السنن** ، تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة ، ط2 (مكتب المطبوعات الإسلامية ، حلب : 1986

22- النووي ، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج** ، ط2 (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : 1392 هـ)

كتب اللغة

23- ابن زكريا ، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق : عبد السلام محمد هارون (دار الجيل ، بيروت : 1999 م)

ابن منظور ، **لسان العرب** ، ط1 (دار صادر ، بيروت : ب.ت)

24- ـ ، **لسان العرب** ، ط3 (دار صادر ، بيروت : 1993) ، ج1 ص:619 .

25- أبو هلال العسكري ، **الفروق اللغوية** ، تحقيق : محمد إبراهيم سليم (دار العلم و الثقافة ، القاهرة: ب.ت

26- سعدي أبو حبيب ، **القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا** ، ط2 (دار الفكر ، دمشق : 1998)

27- الفيومي ، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي** (المكتبة العلمية ، بيروت : ب.ت)

28- الفيروزبادي ، **القاموس المحيط** ، ط2 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 2007 م)

29- المناوي ، **التوقيف على مهمات التعاريف** ، ط1(دار الفكر المعاصر ، دمشق : 1410 هـ).

كتب الأصول

30- الآمدي ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، تحقيق : سيد الجميلي ، ط2 (دار الكتاب العربي ، بيروت: 1986م

31- ابن أمير الحاج ، **التقرير و التحبير في علم الأصول** (دار الفكر ، بيروت : 1996م)،

32- ابن حزم ، **الإحكام في أصول الأحكام** (دار الفكر ، بيروت : 2007 م)

33- ابن النجار ، **شرح الكوكب المنير** ، تحقيق : محمد الزحيلي و نزيه حماد ، ط2 (مكتبة العبيكان : 1997 م

34- أبو زهرة ، **أصول الفقه** (دار الفكر العربي ، القاهرة : ب.ت)

35- البخاري ، **كشف الأسرار** ، تحقيق : محمد المعتصم بالله البغدادي ، ط3 (دار الكتاب العربي ، بيرو. 1997

36- التفتازاني ، **شرح التلويح على التوضيح** ، تحقيق زكريا عميرات (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1996م)

37- الجصاص ، **الفصول في الأصول** ، تحقيق : عجيل جاسم النشمي ، ط1 (وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الكويت : 1985)

38- الزركشي ، **البحر المحيط** ، تحقيق : محمد تامر (دار الكتب العلمية ، بيروت : 2000 م)

39- الشاطبي ، **الموافقات في أصول الشريعة** ، تحقيق : عبد الله دراز و محمد عبد الله دراز ، ط3 (دار الكتب العلمية، بيروت : 2003)

40- الشوكاني ، **إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول** ، تحقيق : محمد سعيد البدري (دار الفكر ، بيروت : 1992)

41- الطاهر بن عاشور ، **مقاصد الشريعة الإسلامية** ، ط2 (دار سحنون للنشر و التوزيع ، تونس: 2007 م)

42- العز بن عبد السلام ، **قواعد الأحكام** ، تحقيق : محمود التلاميد الشنقيطي (دار المعارف ، بيروت: ب.ت

43- العطار ، **حاشية العطار على شرح الجلال المحلي** (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1999م)

44- الغزالي ، **المستصفى من علم الأصول** (دار الأرقم ، بيروت : ب.ت)

45- القرافي ، **شرح تنقيح الفصول** ، ط1 (دار الفكر ، بيروت : 1997)

46- المرداوي ، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه** ، تحقيق : عبد الرحمن الجبيري ، عوض القرني ، أحمد سراح (مكتبة الرشد ، الرياض : 2000).

كتب الفقه

الفقه الحنفي

47- ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** (دار الفكر ، بيروت : 2000)

48- ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** (دار المعرفة ، بيروت : ب.ت)

49- ابن الهمام ، **شرح فتح القدير** (دار الفكر ، بيروت : ب.ت)

50- البابرتي ، **العناية شرح الهداية** (دار الفكر ، بيروت : ب.ت)

51- الحدادي العبادي ، **الجوهرة النيرة** (المطبعة الخيرية ، ب.ت)

52- الزيلعي ، **تبيين الحقائق** (دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة : 1313هـ)،

53- السرخسي ، **المبسوط** ، تحقيق : خليل محي الدين الميس ، ط1 (دار الفكر ، بيروت ، لبنان : 2000م).

54- الصنعاني ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام** ، تحقيق محمد الدالي بلطه (المكتبة العصرية ، بيرو : 2008).

55- علي حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، تحقيق : فهمي الحسيني (دار الكتب العلمية ، بيروت: ب.ت) .

56- العيني ، **البناية في شرح الهداية** (دار الفكر ، بيروت : 2009 م).

57- الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، تحقيق : محمد عدنان بن ياسين درويش ، ط1 (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : 2010 م).

الفقه المالكي

58- ابن الحاجب ، **جامع الأمهات** ، تحقيق : أبي الفضل بدر العمراني ، ط1 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 2004 .

59- أبو عبد الله المالكي ، **شرح ميارة الفاسي** ، تحقيق : عبد اللطيف حسن عبد الرحمن (دار الكتب العلمية ،

بيروت : 2000م) .

60- أحمد الدردير ، **الشرح الصغير** ، (وزارة الشؤون الدينية ، الجزائر : 1992 م).

61- الحطاب ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، تحقيق : زكريا عميرات (دار عالم الكتب : 2003 م)

62- سحنون ، **المدونة** ، تحقيق زكريا عميرات(دار الكتب العلمية ، بيروت : ب.ت).

63- عليش ، **منح الجليل شرح مختصر خليل** (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) .

64- ـ ، **منح الجليل شرح مختصر خليل** ،(دار الفكر ، بيروت : 1989 م).

65- القرافي ، **الذخيرة** ، تحقيق : محمد حجي (دار الغرب ، بيروت : 1994 م).

66- محمد عرفة ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، تحقيق محمد عليش (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) .

67- النفراوي ، **الفواكه الدواني** (دار الفكر ، بيروت : 2009).

الفقه الشافعي

68- ابن حجر الهيتمي ، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج** (دار إحياء التراث العربي ، ب.ت).

69- ابن الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ط3 (دار المعرفة ، بيروت : 2007م).

70- ابن زكريا الأنصاري ، **أسنى المطالب شرح روضة الطالب** (دار الكتاب الإسلامي : ب.ت).

71- الرحيباني ، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** (المكتب الإسلامي ، دمشق : 1961م).

72- الرملي ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** (دار الفكر ، بيروت : ب.ت).

73- الشافعي ، **الأم** (دار المعرفة ، بيروت : 1393هـ).

74- الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج** ، اعتنى به : محمد خليل عيتاني ، ط3 (دار المعارف بيروت ، لبنان : 2007) .

75- النووي ، **روضة الطالبين و عمدة المفتين** ، تحقيق عادل أحمد الموجود و علي محمد معوض (دار الكتب العلمية بيروت : ب.ت).

الفقه الحنبلي

76- ابن مفلح ، **الفروع** ، تحقيق : عبد الله بن المحسن التركي ، ط1 (مؤسسة الرسالة ، بيروت : 2003م).

77- البهوتي ، **شرح منتهى الإرادات** (عالم الكتب، بيروت : 1996م).

78- ـ ، **كشف القناع عن متن الإقناع** ، تحقيق : هلال مصيلحي (دار الفكر ، بيروت : 1402 هـ).

79- الحجاوي ، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل** ، تحقيق : عبد اللطيف محمد موسى السبكي(دار المعرفة ، بيروت : ب.ت) .

80- الرحيباني ، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** (المكتب الإسلامي ، دمشق : 1961).

81- المرداوي ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، ط1 (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : 1419 هـ).

الفقه الظاهري

82- ابن حزم ، **المحلى** (دار الفكر ، بيروت : ب.ت) .

الفقه المقارن والقواعد الفقهية

83- ابن رشد ، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد** ، تحقيق : علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود ، ط1 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1996 م).

84- ابن عبد البر ، **الاستذكار** ، تحقيق عبد الرزاق المهدي (دار الشروق ، بيروت : ب.ت).

85- ابن قدامة المقدسي ، **المغني** ، ط1 (دار الفكر ، بيروت : 1405هـ).

86- ابن اللحام ، **القواعد الفوائد الأصولية** ، ط1 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1995 م).

87- ابن نجيم ، **الأشباه و النظائر** (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1980م).

88- الحموي ، **غمز عيون البصائرشرح كتاب الأشباه و النظائر لابن نجيم** (دار الكتب العلمية ، بيروت: 1985م

89- الخطيب البغدادي ، **الفقيه و المتفقه** ، تحقيق : أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي (دار ابن الجوزي السعودية : 1421 هـ).

90- الزركشي ، **المنثور في القواعد** ، تحقيق : تيسير فائق أحمد ، ط2 (وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الكويت : 1405 هـ).

91- السبكي ، **الأشباه و النظائر** ، ط1 (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1991).

92- السيوطي ، **الأشباه النظائر** ، ط1 (دار الفكر ، بيروت : 2009م) .

93- عبد الرحمن بن صالح ، **القواعد و الضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير** ، ط1 (عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة : 2003).

94- القرافي ، **الفروق** ، تحقيق: عبد الحميد هنداوي (المكتبة العصرية ، بيروت : 2007م).

95- مصطفى أحمد الزرقا ، **المدخل الفقهي العام** (دار القلم ، دمشق : 1998م) .

كتب القضاء و السياسة الشرعية

96- ابن تيمية ، **السياسة الشرعية** (قصر الكتب ، البليدة ، الجزائر : ب.ت).

97- ابن فرحون ، **التبصرة** (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1995 م).

98- ابن قيم الجوزية ، **إعلام الموقعين** ، تحقيق طه عبد الرءوف سعد (دار الجيل ، بيروت : 1973 م).

99- ـــ ، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، تحقيق : عصام فارس الحرستاني ، ط1 (دار الجيل :

بيروت : 1998 م).

100- أبو عبد الله القلعي ، **تهذيب الرياسة وترتيب السياسة** ، تحقيق : إبراهيم يوسف ، مصطفى عجو ، ط1 (مكتبة المنارة ، الأردن ، الزرقاء : ب.ت).

101- التسولي ، **البهجة شرح التحفة** ، (المكتبة العصرية ، بيروت : 2008م).

102- القرافي ، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام و تصرفات القاضي و الإمام** ، تحقيق : أبو بكر عبد الرزاق ، ط1 المكتب الثقافي ، الأزهر الشريف ، مصر : 1989 م) .

103- القرشي ، **معالم القربة في معالم الحسبة** (دار الفنون ، كمبردج : ب.ت).

104- الماوردي ، **الأحكام السلطانية** ، تحقيق : أحمد مبارك البغدادي ، ط1 (مكتبة دار ابن قتيبة ، الكويت: 1989 م).

كتب الشريعة و القانون

105- إبراهيم الشباسي ، **الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري** ، القسم العام (دار الكتاب اللبناني ، بيروت: ب.ت).

106- أبو زهرة ، **فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي** (معهد الدراسات العربية العالمية ، مصر : 1383هـ).

107- ـ ، **الجريمة** (دار الفكر العربي ، القاهرة : ب.ت).

108- ـ ، **العقوبة** (دار الفكر ، القاهرة : ب.ت) .

109- أحمد فتحي بهنسي ، **نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة** ، ط5 (دار الشروق بيروت : 1988 م).

110- ـــ ، **العقوبة في الفقه الإسلامي** ، ط5 ، (دار الشروق ، بيروت : 1983).

111- إسحاق إبراهيم منصور ، **موجز في علم الإجرام و علم العقاب** (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر: 1997).

112- بارش سليمان ، **مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري** (دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر : ب.ت).

113- بن شيخ لحسين ، **مبادئ القانون الجزائي العام** (دار هومه ،الجزائر : 2002م).

114- حسن الحسن ، **الأنظمة السياسية و الدستورية في لبنان و سائر البلدان العربية** ، ط3 (دار بيروت بيروت: 1981).

115- حومد عبد الوهاب ، **المفصل في شرح قانون العقوبات** ، **القسم العام** (المطبعة الجديدة ، دمشق : 1990م).

116- دليلة فركوس ، **تاريخ النظم القديمة** (أطلس للنشر ، الجزائر : 1993).

117- راشد علي ، **موجز القانون الجنائي** (دار النشر للجامعات المصرية ، مصر : 1991م).

118- رباح غسان ، **الاتجاهات الحديثة في قانون العفو العام** ، ط2 (دار الخلود ، بيروت : 1992 م)، ص:75

119- ـ ، **الوجيز في العفو عن الأعمال الجرمية** ، ط1 (منشورات الحلبي الحقوقية : 2008)

120- ـ ، **نظرية العفو في التشريعات العربية** ، ط1(منشورات عويدات ، بيروت : 1985م) .

121- ـ ، **نظرية العفو في التشريعات العرية** ، ط1 (منشورات عويدات ، بيروت : 1985 م) .

122- رمسيس بهنام ، **المجرم تكوينا و تقويما** (منشأ المعارف ، الاسكندرية : ب.ت).

123- زرق فؤاد، **الأحكام الجزائية العامة** (منشورات الجلبي الحقوقية ، بيروت : 1998).

124- السعيد مصطفى ، **الأحكام العامة في قانون العقوبات** (دار المعارف ، مصر : 1962).

125- سليمان عبد المنعم ، **النظرية العامة لقانون العقوبات** (دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية : 2000).

126- سمير عالية ، **أصول قانون العقوبات** (**القسم العام**) ، ط2(المؤسسة الجامعية ، بيروت : 1994) .

127- شيحا إبراهيم ، **النظم السياسية و القانون الدستوري** (الدار الجامعية ، بيروت : ب.ت).

128- الصيفي عبد الفتاح ، **حق الدولة في العقاب** (منشورات جامعة بيروت العربية : 1985 م).

129- عالية ، **أصول قانون العقوبات – اقسم العام –** ، ط2 (المؤسسة الجامعية ، بيروت : 1994 م).

130- عبد الفتاح مصطفى ، **الأحكام العامة للنظام الجزائي** ، ط1 (جامعة الملك سعود ، الرياض : 1995).

131- عبد القادر عودة ، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي** ، ط14 (مؤسسة الرسالة ، بيروت: 1982).

132- عبد الله سليمان ، **شرح قانون العقوبات الجزائري** (ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر : 1995).

133- ـ ، **النظرية العامة للتدابير الاحترازية** ،(المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر : 1990 م).

134- عبد الله مرسي ، **سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية و الشرائع الوضعية** (المكتب المصري الحديث ، الإسكندرية ب.ت) .

135- عبد الوهاب حميد ، **المفصل في شرح قانون العقوبات** (دمشق الجديدة : 1990) .

136- علي زكي ، **المبادئ الأساسية للتحقيقات و الإجراءات الجنائية** (دار النهضة ، مصر : 1939م).

137- علي قهوجي ، **مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني** (الدار الجامعية ، بيروت : 1992م).

138- علي محمد جعفر ، **فلسفة العقوبات في القانون و الشرع الإسلامي** ، ط1 (المؤسسة الجامعية للدراسات النشر و التوزيع ، بيروت : 1997) .

139- عمر رمضان السعيد ، **مبادئ الإجراءات الحديثة** ، (دار النهضة ، مصر العربية : 1967م).

140- عوض محمد و محمد زكي أبو عامر، **مبادئ علم الإجرام و العقاب** ، (الدار الجامعية ، بيروت : 1992 م)

141- الفاصل محمد ، **المبادئ العامة في قانون العقوبات** (مطبعة جامعة دمشق ، دمشق : 1965) .

142- فريد الزغبي ، **الموسوعة الجزائية اللبنانية الحديثة** ، ط1(الناشر المؤلف ، بيروت : 1985).

143- فريد زين الدين بن شيخ ، **علم العقاب – المؤسسات العقابية و محاربة الجريمة في الجزائر** – (منشورات دحلب ، الجزائر : 1998 م) .

144- مأمون سلامة ، **قانون العقوبات – القسم العام** – ط3 (دار الفكر العربي ، بيروت : 1976) .

145- ماهر عبد المجيد عبود ، **العفو عن العقوبة في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي** ، ط1(دار الكتب العلمية، بيروت : 2007 م).

146- محمد كامل ، **الرقابة على أعمال الإدارة** ، (دار النهضة العربية ، بيروت : 1968 م) .

147- محمود إسماعيل ، **شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات** ، ط2 (دار الفكر العربي ، مصر : 1959م).

148- محمد سليم العوا ، **في أصول النظام الجزائي الإسلامي** ، ط2 (دار المعارف ، القاهرة : 1983 م).

149- محمود نجيب حسني ، **شرح قانون العقوبات اللبناني** (**القسم العام**) – (دار النهضة ، بيروت : 1984م)

150- ـــ ، **علم العقاب** (دار النهضة ، مصر : 1966 م).

152- نادر محمود سالم ، **السياسة الجنائية المعاصرة و مبادئ الدفاع الاجتماعي من منظور إسلامي**(دار النهضة العربية

القاهرة : 1995 م) .

153- نبيل السمالوطي ، **علم اجتماع العقاب** ، ط1 (دار الشروق ، جدة : 1983).

154- نشوة العلواني ، **الاغتصاب – دراسة فقهية مقارنة**– (دار ابن حزم ، بيروت : 2003 م).

الموسوعات و المجلات

155- داود سليمان العيسى ، **التكييف القانوني لقرار العفو الخاص و إجراءاته التحضيرية و مدى خضوعها لرقابة القضاء** (مجلة الحقوق و الشريعة ، العدد الثالث ، الكويت : السنة الخامسة 1981 م).

156- السيد صبري ، **حق العفو** (مجلة القانون و الاقتصاد ، القاهرة : السنة التاسعة ، تشرين الثاني : 1939م)

157- عبد الله بن سليمان منيع ، **نظرية براءة المتهم حتى تثبت إدانته و حظها من الاعتبار في الشريعة الإسلامية** (مجلة البحوث الإسلامية ، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية و الدعوة و الإرشاد) العدد السابع من رجب إلى شوال لسنة 1403 هـ .

158- **الموسوعة الفقهية** ، وزارة الشؤون الإسلامية ، ط2 ، السلاسل ، الكويت : 1404هـ).

كتب التراجم

159- ابن الأثير ، **أسد الغابة في معرفة الصحابة** ، تحقيق عادل أحمد الرفاعي (دار إحياء التراث العرب، بيروت: 1996 م).

160- ابن حجر العسقلاني ، **الإصابة في تمييز الصحابة** ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، ط1 (دار الجيل: 1412هـ

161- ابن عبد البر ، **الاستيعاب** ، تحقيق : علي محمد البجاوي (دار الجيل ، بيروت : 1412هـ) .

162- الذهبي ، **تذكرة الحفاظ** ، (دار إحياء التراث العربي ، بيروت : ب.ت).

163- الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط (مؤسسة الرسالة، بيروت : ب.ت).

164- الزركلي ، **الأعلام** ، ط15 (دار العلم للملايين : 2002).

165- السبكي ، **طبقات الشافعية الكبرى** ، تحقيق : محمود محمد الطناحي و عبد الفتاح محمد الحلو ، ط2 هجر للطباعة و النشرو التوزيع : 1413 هـ).

166- شمس الدين الذهبي ، **تاريخ الإسلام و وفيات المشاهير و الأعلام** ، تحقيق عبد السلام تدمري ، ط1(دار الكتاب العربي ، بيروت : 1987م).

167- الشيرازي ، **طبقات الفقهاء** ، تحقيق : إحسان عباس ، ط1 (دار الرائد العربي ، بيروت : 1970 م).

كتب عامة

168- ابن قيم الجوزية ، **إغاثة اللهفان** ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، ط2 (دار المعرفة ، بيروت : 1975 م)

169- ـــ ، **مفتاح السعادة** (دار الكتب العلمية ، بيروت : 1998م).

170- ديب البغا ، **فقه المعاوضات** ، القسم الثاني ، ط4 (منشورات جامعة دمشق) .

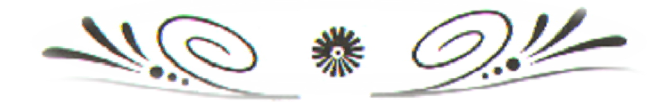
171- الريسوني ، **نظرية التقريب و التغليب** ، ط1 (دار الكلمة ، مصر : 1997).

172- الشاطبي ، **الاعتصام** ، (المكتبة التجارية الكبرى ، مصر : ب.ت).

173- صالح فوزان ، **الملخص الفقهي** ، ط1 (دار العاصمة ، الرياض : 1423هـ).

174- عبد الكريم زيدان ، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية** ، ط16 (الرسالة ، بيروت ، لبنان : 1999).

175- يوسف حامد العالم ، **المقاصد العامة للشريعة الإسلامية** ، ط3 (دار الحديث ، القاهرة : 1997 م).



فهرس الموضوعات

الإهداء

شكر و تقدير

المقدمة

الباب الأول

العقوبة و العفو في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية

الفصل الأول

ماهية العقوبة و العفو في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي

- **المبحث الأول : ماهية العقوبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي** 15
  - **المطلب الأول : تعريف العقوبة** 15
  - **المطلب الثاني : الغرض من العقوبة** 20
    - الفرع الأول : في القانون الوضعي.. 20
    - الفرع الثاني : في الفقه الإسلامي.. 25
  - **المطلب الثالث : خصائص العقوبة** 28
    - الفرع الأول : خاصية الشرعية..28
    - الفرع الثاني : شخصية العقوبة 32
- **المبحث الثاني : ماهية العفو في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية**.......35

- المطلب الأول : ماهية العفو في القانون الوضعي 35
- الفرع الأول : تعريف العفو.. 35
- الفرع الثاني : السند التاريخي للعفو 36
- الفرع الثالث : طبيعة العفو في القانون 38
- الفرع الرابع : مجال العفو عن العقوبة 39
- المطلب الثاني : العفو في الشريعة الإسلامية 40
- الفرع الأول : مفهوم العفو...40
- الفرع الثاني : من أحكام العفو باعتباره حقا...43

الفصل الثاني

مشكلة العقوبة و العفو في القانون الوضعي و خصوصية الشريعة الإسلامية

- المبحث الأول : تفريد العقاب في القانون الوضعي 48
- المطلب الأول : أسباب تخفيف العقوبة و تشديدها 48
- الفرع الأول : أسباب التخفيف 48
- الفرع الثاني : أسباب التشديد 50
- المطلب الثاني : نظام انقضاء العقوبة 52
- الفرع الأول : وقف تنفيذ العقوبة 52
- الفرع الثاني : تقادم العقوبة 54
- الفرع الثالث : العفو 55
المطلب الثالث : نظام الأعذار المعفية 56
المبحث الثاني : مشاكل العقوبة في القانون الوضعي 58
المطلب الأول : مشاكل تطبيق العقوبة 58
الفرع الأول : عدم كفايتها في إصلاح الجاني 59
الفرع الثاني : عدم فعاليتها في ردع الجاني 60
الفرع الثالث : قصور العقوبة عن التطبيق 63
المطلب الثاني : مشاكل التدابير الاحترازية 63
الفرع الأول : ماهية التدابير الاحترازية 64

الفرع الثاني : مشكلة تطبيقها على المجرمين الشواذ 65

المبحث الثالث : انتقادات فقهاء القانون للعفو عن العقوبة و تمييزه عن باقي الأنظمة المشابهة..67

المطلب الأول : ما يناهض حق العفو في القانون الوضعي 67

الفرع الأول : من جهة مشروعيته 67

الفرع الثاني : من حيث القيمة العلمية 69

الفرع الثالث : شروط العفو عن العقوبة 71

المطلب الثاني : تميزه العفو عن العقوبة عن باقي الأنظمة الأخرى.......... 72

الفرع الأول : عن العفو العام 72

الفرع الثاني : عن العفو القانوني 74

المبحث الرابع : خصوصية الشريعة الإسلامية في العقوبة و العفو............76

المطلب الأول : النظر إلى العقوبة في ضوء كليات التشريع 76

المطلب الثاني : مراعاة الجانب الديني في العقوبة 78

المطلب الثالث : الموازنة بين عدالة العقوبة و أفضلية العفو 80

الباب الثاني

التأصيل الشرعي للموازنة بين العقوبة و العفو

الفصل الأول

التأصيل الشرعي للموازنة من خلال النصوص الشرعية

المبحث الأول : أدلة الموازنة بين العقوبة و العفو من خلال النصوص الشرعية...86

المطلب الأول : استتباع الشارع العقوبة بالعفو 86

الفرع الأول : الاستدلال بالنصوص القرآنية 86
الفرع الثاني : الاستدلال بنصوص السنة النبوية 92
المطلب الثاني : شمولية هذه الملازمة 94
الفرع الأول : نصوص القرآن الكريم 95
الفرع الثاني : نصوص السمة النبوية 98
المطلب الثالث : ضرورة تطبيق العقوبة عند الإثبات 100
الفرع الأول : نصوص القرآن الكريم 101
الفرع الثاني : نصوص السنة النبوية 104
المبحث الثاني : المعنى المقصود من استتباع العفو للعقوبة 107
المطلب الأول : من خلال النصوص المباشرة...107
المطلب الثاني : من خلال مجموع النصوص الشرعية 110

الفصل الثاني

أدلة الموازنة من خلال الاجتهاد الفقهي و إشكالاته و قواعده

المبحث الأول : الاجتهاد الفقهي و إشكالاته 120
المطلب الأول : الإشكالات الأصولية و الفقهية 120
الفرع الأول : الإشكالات الأصولية 120
الفرع الثاني : الإشكالات الفقهية 125
المطلب الثاني : التوجيهات الفقهية لهذه الإشكالات 131
الفرع الأول : مبنى أصول الأحكام على التوسط و الاعتدال 131
الفرع الثاني : جسامة الضرر 133
المبحث الثاني : القواعد التي بنيت عليها الإشكالات الفقهية 138
المطلب الأول : درء الحدود بالشبهات ....138.
الفرع الأول : المعنى الفقهي للقاعدة ....138.
الفرع الثاني : ضبط القاعدة 140
المطلب الثاني : لا ضرر و لا ضرار 143

الفرع الأول : المعنى الفقهي للقاعدة 143
الفرع الثاني : تطبيقها في العقوبات 146
الفرع الثالث : اعتبار الضرر الذي يلحق بالمجني عليه 148
المطلب الثالث : الأصل براءة الذمة 150
الفرع الأول : الاستعمال الفقهي 150
الفرع الثاني : ضبط القاعدة 152

الباب الثالث

أسس الموازنة بين العقوبة والعفو

الفصل الأول

الأساس الشرعي

المبحث الأول : الأصول الشرعية للعقوبة 159
المطلب الأول : مشروعية عقوبة القصاص 160
الفرع الأول : القرآن الكريم 160
الفرع الثاني : السنة النبوية 162
المطلب الثاني : مشروعية عقوبات الحدود 166
الفرع الأول : من القرآن الكريم و السنة النبوية 167
الفرع الثاني : الإجماع و المعقول 170
المطلب الثالث : مشروعية التعزير 170
المبحث الثاني : القواعد الأساسية للعقوبة 173
المطلب الأول : القواعد الأساسية التي يقوم عليها القصاص.........................173
الفرع الأول : من جهة الأسس المعنوية 173
الفرع الثاني : من جهة المقصد الأصلي 176
المطلب الثاني : القواعد الأساسية التي تقوم عليها الحدود 178

الفرع الأول : القاعدة الأولى 179
الفرع الثاني : القاعدة الثانية 182
المطلب الثالث : القواعد الأساسية التي تقوم عليها التعازير 184
الفرع الأول : القواعد العامة التي يقوم عليها التجريم و العقاب في التعازير 185
الفرع الثاني : حكم القيام بالتعازير 187
المبحث الثالث : الأصول الشرعية للعفو 191
المطلب الأول : في عقوبة القصاص 191
الفرع الأول : القرآن الكريم 191
الفرع الثاني : السنة النبوية 193
المطلب الثاني : في عقوبات الحدود 194
المطلب الثالث : في عقوبات التعازير 195
المبحث الرابع : الضوابط العامة للعفو 197
المطلب الأول : في القصاص 197
المطلب الثاني : في الحدود ....203.
الفرع الأول : العفو في جرائم السرقة 203
الفرع الثاني : العفو في جرائم القذف..204.
الفرع الثالث : العفو في جرائم الزنا و الشرب و الحرابة و الردة ....204.
المطلب الثالث : في التعزير 208

الفصل الثاني

أسس الموازنة من خلال اعتبار الحقوق

المبحث الأول : مفهوم الحق عن الأصوليين و الفقهاء.....................213
المطلب الأول : المعنى الأصولي 213
المطلب الثاني : المعنى الأصولي و الفقهي لحق الله ﷻ ....214.
الفرع الأول : المعنى الأصولي 214
الفرع الثاني : المعنى الفقهي 215

الفرع الثالث : خلاصة ما تقدم 216

المطلب الثالث : المعنى الأصولي و الفقهي لحق العبد..........................217

الفرع الأول : المعنى الأصولي ....217.

الفرع الثاني : المعنى الفقهي 217

المطلب الرابع : مصدر الحقوق 218

المبحث الثاني : الأثر المترتب عن اعتبار الحقوق على العقوبة 221

المطلب الأول : المعنى الفقهي للإسقاط...221

المطلب الثاني : ما يقبل الإسقاط و ما لا يقبله من حقوق الله ﷻ 222

الفرع الأول : ما يسقط من حقوق الله ﷻ 222

الفرع الثاني : ما لا يقبل الإسقاط من حقوق الله ﷻ 223

المطلب الثالث : ما يقبل الإسقاط وما لا يقبله من حقوق العباد 225

الفرع الأول : ما يضبط حقوق العباد..225

الفرع الثاني : حقوق العباد التي لا تقبل الإسقاط..227

الفرع الثلث : حقوق العباد التي تقبل الإسقاط..228

المطلب الرابع : أقسام الحقوق بالنسبة للعقوبات 229

الفرع الأول : اعتبار حق الله ﷻ من جهة المحض و التغليب ....229.

الفرع الثاني : ما كان فيه اعتبار حق العبد من جهة التغليب 230

المطلب الخامس : أوجه الموازنة بين الحقوق المتعلقة بالعقوبات 232

الفرع الأول : من جهة الأصل العام 232

الفرع الثاني : من جهة التفصيل الفقهي 233

المبحث الثالث : ما يتعلق بالحقوق من جهة العفو 239

المطلب الأول : ما يتعلق بالحقوق الشرعية التي لا عفو فيها 239

الفرع الأول : تعلقها بمعنى التعبد...239

الفرع الثاني : تعلقها بالنفع العام...243

الفرع الثالث : تعلقها بالإثبات..243.

المطلب الثاني : ما يتعلق بالحقوق التي يجري فيها العفو ....244.

الفرع الأول : تعلقها بالمصلحة الخاصة 245

الفرع الثاني : تعلقها بالتخيير 246

الفرع الثالث : تعلقها بالإمامة...248

المبحث الرابع : من مسالك الموازنة بين العقوبة و العفو من خلال اعتبار الحقوق 249

المطلب الأول : مسالك التقديم و التأخير..249

الفرع الأول : عند تساوي الحقوق 249

الفرع الثاني : عند تنازع الحقوق و تزاحمها 254

المطلب الثاني : مسلك التغليب..258

الفرع الأول : التغليب من حيث توهم العفو 258

الفرع الثاني : التغليب من حيث مبنى الحقوق 260

الفصل الثالث

أسس الموازنة من خلال اعتبار المصلحة

المبحث الأول : طبيعة المصالح 264

المطلب الأول : التسليم بتفاوت المصالح..264

المطلب الثاني : نسبية النفع و الضرر في المصالح.......................................265

المطلب الثالث : الفوائد العملية لترتيب المصالح 267

المبحث الثاني : المقصد العام من تشريع العقوبة و العفو 269

المطلب الأول: حفظ المصالح الكلية ....269.

المطلب الثاني : أقسام المصالح الكلية 270

الفرع الأول : قسم الضروريات 271

الفرع الثاني : ما يخدم الضروريات...274

المطلب الثالث : مصلحة العقوبة 275

الفرع الأول : المقصد الأصلي للعقوبة 276

الفرع الثاني : مبنى المقصد الأصلي للعقوبة ....278.

المطلب الرابع : مصلحة العفو 281

المبحث الثالث : معايير الموازنة بين مصلحة العقوبة
و مصلحة العفو 285
المطلب الأول : المعيار الأول : الحكم الشرعي.................................285
المطلب الثاني : معيار رتبة المصالح و المفاسد...............................288
المطلب الثالث : معيار النوع...291
المطلب الرابع : معيار العموم و الخصوص 293

الباب الرابع

الآثار و التطبيقات الفقهية و الأصولية للموازنة بين العقوبة والعفو

الفصل الأول

الآثار و التطبيقات الفقهية

المبحث الأول : ضبط ما يثبت العقوبة 298
المطلب الأول: ضرورة فقه أحوال الجناة 298
الفرع الأول : الأسباب التي يفتقر إليها إلى الحاكم 299
الفرع الثاني : إعمال فقه أحوال الجناة 300
الفرع الثالث : قواعد عامة للعمل بفقه أحوال الجناة 302
الفرع الرابع : من تطبيقات ذلك 304
المطلب الثاني : مراحل الإثبات 307
الفرع الأول : التقسيم الفقهي لمراحل الإثبات 307
الفرع الثاني : أثره على القضاء 310

المطلب الثالث : ضبط طوارئ الإثبات ....311.
الفرع الأول : ضبط الرجوع عن الإقرار 311
الفرع الثاني : ضبط الرجوع عن الشهادة 314
الفرع الثالث : قواعد عامة في الإقرار و الشهادة 315
المبحث الثاني : ضبط موانع العقوبة..318
المطلب الأول : ضبط الشبهة 318
الفرع الأول : ضبط العبارات الفقهية للشبهة ....319.
الفرع الثاني : ضبطها بالقواعد..323
الفرع الثالث : أقسامها باعتبار القوة و الضعف 326
الفرع الرابع : أثر تقسيم الشبهة على العقوبة 329
المطلب الثاني : ضبط الإكراه...330
الفرع الأول : الإكراه المعتبر في إسقاط العقوبة 330
الفرع الثاني : أثره على الجرائم المختلفة 332
الفرع الثالث : تطبيقات المسألة 334
المطلب الثالث : التأويل الفاسد 338

الفصل الثاني

التطبيقات الأصولية

المبحث الأول : تنزيل الحاجة منزلة الضرورة 344
المطلب الأول : منزلة الضرورة 344
المطلب الثاني : تغليب الحاجة على الضرورة الحقيقية 345
المطلب الثالث : تطبيقات المسألة ....346.
المبحث الثاني : استثمار سد الذرائع 350
المطلب الأول : سد الذرائع في مقام الشرع 350
المطلب الثاني : مبنى سد الذرائع 351
المطلب الثالث : من موجبات العمل بسد الذرائع 352

المطلب الرابع : درجات تحقق مفاسد العفو 353
المطلب الخامس : من تطبيقات المسألة 355
المبحث الثالث : استثمار وجه الاستحسان 358
المطلب الأول : الأخذ بوجه الاستحسان مقابل القياس 358
المطلب الثاني : تطبيقات المسألة 361
الخاتمة 365

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية 373
فهرس الأحاديث النبوية 379
فهرس القواعد الفقهية و الأصولية 384
فهرس أعلام البحث 388
فهرس المراجع 399
فهرس الموضوعات 408

